¿Para qué servimos los fiscales?

José María Mena

CATARATA

¿Para qué servimos los fiscales?

José María Mena

CATARATA

¿Para qué servimos los fiscales?

José María Mena

CATARATA

José María Mena (Villarcayo, Burgos, 1936)

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia, ingresó en la Carrera Fiscal en 1964. Ejerció su función en Tenerife, Lleida y Barcelona, compatibilizándola con la docencia universitaria. Fue fiscal antidroga de Barcelona y, después, fiscal jefe de Cataluña desde 1996 hasta su jubilación, en 2006. Participó en la constitución de Justicia Democrática y, posteriormente, en la Asociación de Fiscales y la Unión Progresista de Fiscales, así como la entidad internacional de Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades (MEDEL). Ha sido presidente de la Associació Catalana de Juristes Demòcrates. En 2010 le fue concedida la Creu de Sant Jordi.

José María Mena

¿Para qué servimos los fiscales?

Diseño de cubierta: Pablo Nanclares

© José María Mena Álvarez, 2020

© Los libros de la Catarata, 2020

Fuencarral, 70

28004 Madrid

Tel. 91 532 20 77

www.catarata.org

¿PARA QUÉ SERVIMOS LOS FISCALES?

isbne: 978-84-1352-048-3

ISBN: 978-84-9097-992-1

DEPÓSITO LEGAL: M-14.347-2020

THEMA: LAZ/LNAA1

este libro ha sido editado para ser distribuido. La intención de los editores es que sea utilizado lo más ampliamente posible, que sean adquiridos originales para permitir la edición de otros nuevos y que, de reproducir partes, se haga constar el título y la autoría.

PRESENTACIÓN

Los fiscales, de vez en cuando, son noticia. En muchos juicios célebres como el de la infanta Cristina en Palma de Mallorca o el del procés en el Tribunal Supremo son el rostro de la acusación. Durante mucho tiempo el público interesado identifica la imagen de esos acusadores, recuerda sus nombres. Son personas concretas que participan en un rito, en un espectáculo público, porque así lo manda la Constitución: todos tienen derecho a un proceso público, el procedimiento será predominantemente oral, las actuaciones judiciales serán públicas, las sentencias se pronunciarán en audiencia pública. Así pues, los juzgados y tribunales son escenarios para espectáculos públicos de categoría constitucional. Generalmente, esa representación es triste, humilde y repetitiva. Solo interesa a sus desdichados protagonistas. En estos juicios de acusados y víctimas anónimos, que son miles y miles, el fiscal o la fiscal no es más que un funcionario con toga que trabaja día tras día, juicio a juicio, con la misma profesionalidad, entrega, ilusión o monotonía que cualquier otro trabajador. Pero hay ocasiones en que, de repente, entran en escena notables celebridades y grandes actores cubiertos con lustrosas togas. Entonces el fiscal ya no es, simplemente, el funcionario anónimo. Tampoco es el personaje secundario de las películas americanas de juicios, en las que desempeña el papel del malo que incomoda al valeroso policía con exigencias burocráticas y al abogado listísimo y buenísimo, que es el protagonista. En aquellos casos célebres es cuando el público, que nunca es imparcial, porque no tiene por qué serlo, comienza a hacerse preguntas, siempre condicionadas por su simpatía o antipatía por los acusados, por los hechos cometidos, por las víctimas o por las penas que se pidan. Se pregunta quiénes son esos personajes que acusan, por qué acusan, por qué no son más severos, por qué no son más indulgentes, con qué instrumentos, con qué recursos auxiliares cuentan. Estas preguntas llevan, razonablemente, a otras. También se querrá saber cómo son los fiscales, cómo llegan a serlo, qué funciones tienen y si debieran tener otras, o si su actividad es más o menos satisfactoria para el conjunto de la

sociedad e incluso para ellos mismos. Finalmente, el interés del lector curioso nos llevará a tener que extendernos sobre cómo es la institución a la que pertenecen estos personajes, y sobre quién manda en la Fiscalía. Y es obligado atender a esta razonable curiosidad. Resumiendo, se trata de explicar para qué sirven, a quién sirven los fiscales.

Generalmente, estas preguntas solo se las plantea el público con ocasión de algún juicio célebre, pero las respuestas han de ser válidas también para cuando ya nadie recuerda el nombre ni el rostro del fiscal, cuando este y otros muchos prosiguen con su trabajo cotidiano en aquellos otros miles y miles de casos y juicios que afectan a acusados y víctimas anónimos.

Porque, obsérvese, la pregunta que nos formulamos como título de estas páginas no es para qué sirven los fiscales, sino para qué servimos los fiscales. Es una pregunta en primera persona del plural que sugiere que sea contestada por un "nosotros", que son los fiscales como colectivo. Evidentemente el colectivo no contestará. Las respuestas serán a título individual, porque si contestaran los individuos que componen el colectivo, las contestaciones no serían idénticas, y a veces serían contradictorias. Y si contesta el colectivo, como institución, quizá no sería a satisfacción del lector, porque sería una respuesta institucional, oficial, y, además, jerárquica.

Este planteamiento significa un reto complementario. Ya no se trata solamente de intentar una exposición pretendidamente objetiva de lo que son los fiscales, la Fiscalía y sus actividades y funciones. Se trata, previamente, de procurar aquella objetividad en la exposición. La objetividad nunca es algo que se pueda lograr plenamente por más que se procure. Pretender hablar con objetividad de la actividad de un conjunto organizado de personas, y hacerlo en primera persona del plural, es un propósito difícilmente alcanzable. Por más que se pretenda eliminarlos, siempre quedarán resquicios de corporativismos favorables o desfavorables. Siempre habrá autocríticas omitidas o autoflagelaciones inmerecidas. Con estas conscientes insuficiencias, la descripción que pretendemos de la Fiscalía, de los fiscales y de su utilidad social procurará ser imparcial y crítica, pero no es probable que sea aséptica.

Las siguientes páginas tienen una finalidad fundamentalmente informativa, si bien es imposible eludir comentarios relacionados con la realidad histórica y con las experiencias personales. Por otra parte, es obligado excusar la imposibilidad de ampliar la información y los comentarios a una serie de funciones de los fiscales que merecerían una extensión incompatible con las dimensiones de este libro.

Las siguientes páginas tratarán, sucesivamente, de la cúpula de la Fiscalía, de su modo de designación y su relación de vinculación o de autonomía respecto del Gobierno. Después se tratará de la institución, de quiénes son los fiscales, cómo están organizados y con qué instrumentos cuentan. Finalmente se expondrán sus principales funciones, porque señalando lo que hacen se espera que el lector valore la utilidad de la Fiscalía y de sus componentes. Así se desea haber contestado a la pregunta de para qué sirven, para qué servimos los fiscales.

Capítulo 1

LA INSTITUCIÓN

Los orígenes

La Fiscalía como institución, en los términos en que hoy la conocemos, es el resultado de una historia antiquísima, que conviene conocer. Saber para qué servían y a quién servían los ancestros de los actuales fiscales es un buen método para conocer para qué sirven hoy los fiscales, y por qué su actual institución, el Ministerio Fiscal, es como es, con sus peculiaridades específicamente hispanas, y con sus insuficiencias y contradicciones.

En muchos países de Europa era conocida la institución medieval del procurador del rey, encargado de representarle ante sus tribunales y defender su patrimonio frente a la fuerza de los poderosos señores y prelados feudales. En el siglo XIII, un texto denominado Fuero Juzgo, otorgado por Fernando III el Santo, se refería a los "personeros del rey", oficiales de designación real para que "non traten el pleito por sí, más por sus mandaderos", es decir, para descargar al rey de la función directa y personal de juzgar, y de pleitear frente a los señores y prelados. Su hijo, Alfonso X el Sabio, en las Siete Partidas, describe a ese "mandadero" como "home puesto para razonar e defender en juicio todas las cosas e los derechos que pertenecen a la cámara del rey". Jaime II de Mallorca, también en el siglo XIII, había creado una institución con funciones parecidas. Estas funciones eran el reflejo institucional de la distribución medieval del poder. Faltaban siglos para llegar a la división de poderes, y los monarcas se dotaban de instituciones de defensa de su poder efectivo. Aquellos "mandaderos" defensores de los derechos de la cámara del rey, defendían, más que nada, el poder y el patrimonio real. Y cuando actuaban en juicios penales en nombre del rey, era para defender la potestad jurisdiccional real frente a la competencia de otras jurisdicciones señoriales.

En 1748, en su obra De l'esprit des lois, Montesquieu afirmaba orgulloso: "Tenemos hoy una ley admirable, es la que quiere que el príncipe establezca, para hacer ejecutar las leyes, un oficial en cada tribunal para perseguir en su nombre todos los crímenes". Lo presentaba como la longa manu del soberano en los tribunales. En

su perspectiva de la división de poderes, aquel oficial persecutor de crímenes en nombre del rey era un modo de conservar un instrumento básico del antiguo poder absoluto del monarca. La nueva institución, que como hemos visto no era nueva, significaba el último resorte de control del poder ejecutivo en el ámbito del poder judicial, del que había sido desgajado a raíz de la división de poderes.

La institución medieval de los representantes del rey ante los tribunales, elogiada por Montesquieu, y anterior, por lo tanto, a la Revolución Francesa, fue asumida por esta y transformada en un instrumento del poder ejecutivo en el interior del poder judicial. Así ha perdurado a través de la influencia napoleónica en la mayor parte de las organizaciones judiciales continentales europeas hasta la consolidación de las democracias europeas de posguerra.

En España la antigua institución nos llegó en su versión napoleónica, junto con toda la aportación legisladora del siglo XIX. El representante del rey ante los tribunales asumía no solo funciones de persecución penal, sino también funciones de defensa del patrimonio estatal, es decir, del fisco, función que determinó la curiosa denominación española. Las funciones de defensa del fisco ante los tribunales se fueron desgajando del ámbito de la Fiscalía, desde 1849, para ser desempeñadas por funcionarios de la Dirección General de lo Contencioso, dependientes del Ministerio de Hacienda. Tras una serie de regulaciones de la organización de estos oficiales, en 1881 se creó el Cuerpo de Abogados del Estado, que asumió definitivamente el asesoramiento, representación y defensa en juicio del Estado y de los Organismos Autónomos, así como de las autoridades, funcionarios y empleados del Estado y Organismos Públicos. Es curioso que la institución que tiene la misión de defender lo que históricamente se denominaba el fisco, no herede el nombre institucional de fiscal, sino el de Abogacía del Estado. Y, correlativamente, la institución encargada de defender al Estado, como garante de los intereses básicos de la convivencia, como son la vida, la libertad, la propiedad, etc., no reciba el nombre de Abogacía del Estado, sino la de Fiscalía.

La organización moderna de la Fiscalía se debe a la dictadura de Primo de Rivera, que en 1926 promulgó el primer Estatuto del

Ministerio Fiscal, separando las carreras judicial y fiscal, y promoviendo para el gobierno de la institución cauces e instancias de corporativismo de indudable sesgo conservador, extraordinariamente jerarquizado, con estructuras orgánicas de formato casi castrense. En él se conservaba la descripción de la función fundamental de Ministerio Fiscal procedente de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que lo definía como representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial. Merece la pena destacar algunos puntos de este estatuto, en la medida en que expresan cómo eran vistos los fiscales en aquella época y, consecuentemente, para qué o a quien servían.

Para ser nombrado fiscal era necesario ser licenciado en Derecho, español, seglar y varón. La exigencia de que el fiscal fuera seglar era para excluir a los religiosos regulares o seculares, que estaban comprometidos por el voto de obediencia, junto con el voto de castidad (el de pobreza no alcanzaba, ni alcanza, al clero secular). Ese vínculo de obediencia se estimaba incompatible con la función pública.

En la Constitución de 1978 no existe ninguna prohibición similar. Tan solo prohíbe a fiscales y magistrados pertenecer a partidos políticos y sindicatos, para evitar posibles o imaginarias relaciones o vinculaciones que impliquen dependencia. Sin embargo, no se prohíbe la dependencia propia de una confesión religiosa, contemplada en 1926, a pesar de que está presente hoy en determinada congregación con notoria implantación.

Faltaban aún mucha lucha democrática, mucha lucha feminista, para que las mujeres alcanzaran el derecho a votar, y muchísimo más tiempo para que alcanzaran el derecho a acceder a cargos de la Administración pública. Y todavía más tiempo para que accedieran a la judicatura y la Fiscalía en plano de total igualdad con los varones.

En aquel primer Estatuto del Ministerio Fiscal se establecían determinados motivos de exclusión, sea por inadmisión o sea por expulsión. Entre tales motivos llama hoy la atención que se estableciera el de “tener vicios vergonzosos”, expresión que se refería, exclusivamente, a la homosexualidad, ya que ni la ludopatía ni el alcoholismo se incluían en la vieja designación del vicio

nefando. Para esos otros vicios, y solamente si eran clamorosos con efectos sociales, familiares y profesionales incontenibles, había otra previsión en el Estatuto, consistente en "haber cometido actos, aunque no sean penables, que les hagan desmerecer en el concepto público".

La concepción del fiscal como órgano de representación del Gobierno ante los tribunales, propia del Estatuto de 1926, perduró hasta 1967, con la breve excepción del periodo republicano, cuya Constitución establecía explícitamente la independencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno. La reforma de 1967 fue una reforma de maquillaje, consistente en sustituir la fórmula de "órgano de representación del Gobierno" por la de "órgano de comunicación del Gobierno con los tribunales". Pero no parece que la nueva fórmula maquillara la voluntad política de que el fiscal fuera el nuevo "mandadero" del poder político; más bien su función de comunicación sugiere la de portavoz, mucho más claramente significativa de la utilidad política prevista para la institución.

El fiscal general

En el debate de redacción de la Constitución de 1978 se repitió el viejo problema de cómo encajar al fiscal entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, entre los tribunales y el Gobierno. Desde la perspectiva más conservadora, Fraga Iribarne, exministro franquista, sostenía que era necesario mantener la concepción tradicional de que el fiscal sea el órgano de comunicación del Gobierno con los tribunales. Desde la izquierda, Solé Barberá, comunista, y Peces Barba, socialista, propugnaban la fórmula republicana de dotar al fiscal de una independencia paralela a la de los jueces. Prevaleció una fórmula que quería ser intermedia, propuesta por el partido Unión de Centro Democrático (UCD). Y así quedó en la Constitución. Simplemente se omite una u otra definición o descripción de la relación del fiscal con el Gobierno. Se limita a describir sus funciones esenciales, entre las que no figura esa controvertida función de relación, comunicación o mediación. La relación del Ministerio Fiscal con el Gobierno quedó relegada a un capítulo de la ley que desarrolla las funciones de la Fiscalía, titulado "De las relaciones del Ministerio Fiscal con los poderes públicos". Pero con ello no quedó resuelto el problema. Cuando, a continuación, se debatió el modo de nombramiento de la cúpula de la institución, se reprodujo el debate. En el Anteproyecto de Constitución, de enero de 1978, se preveía que el fiscal del Tribunal Supremo (nombre que entonces se daba al jefe máximo de la Fiscalía) fuera nombrado en la forma establecida para el presidente de dicho Tribunal. La forma establecida consistía en que fuera nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. Con ello se pretendía dotar a la jefatura de la Fiscalía de una calidad de independencia paralela a la de la judicatura. Sin embargo, una vez más, cayó esta tesis republicana, y prosperó la de devolver a la Fiscalía a la dependencia, aunque matizada, del Ejecutivo.

Finalmente se estableció que el fiscal general del Estado será nombrado por el rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo

General del Poder Judicial. La elección se hace entre juristas de reconocido prestigio con dilatada experiencia profesional, sin que sea necesario que sean fiscales de carrera. Para la elección de presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo tampoco es necesario que el elegido sea juez o magistrado. Aun a riesgo de parecer políticamente incorrecto, puede sugerirse que no existen grandes diferencias entre el modo de acceso a las máximas jerarquías del Ministerio Fiscal y del Poder Judicial, dándose la circunstancia significativamente cualitativa, de que el Presidente del Consejo lo es también del Tribunal Supremo, y como tal es presidente de órganos jurisdiccionales. Para ninguno de ambos cargos existen previos candidatos formalizados, ni hay trámites de selección ni preselección. Hay, a lo sumo, aspirantes a ser designados, "tapados", maniobrando, o siendo utilizados, con el sigilo que impone la máxima no escrita de que "el que se mueve no sale en la foto". Los nombres de ambos aspirantes se extraen de un censo inacabable de juristas en régimen de concurrencia, según un criterio tan difuso como incontrolado: el de tener una competencia reconocida, con un reconocimiento inapelable efectuado precisamente por los mismos que han de proponer el nombramiento.

El Gobierno podía proponer y cesar al fiscal general del Estado. Esta pervivencia de la dependencia, propia de la vieja institución, perduró hasta 2007. Una nueva ley se propuso reforzar la autonomía del Ministerio Fiscal, añadiendo nuevas garantías de autonomía para el nombramiento y cese del fiscal general, y estableciendo causas objetivas de nombramiento y cese. Para ello establece una duración del cargo improrrogable por cuatro años, lo cual significa una cierta garantía de inamovilidad, y por tanto de independencia. Lamentablemente, sin embargo, esta garantía está en contradicción con la novedad, también introducida en la misma ley, de que el fiscal general cesará en el cargo cuando cese el Gobierno que lo hubiera nombrado. No parece un síntoma de autonomía ligar la pretendida inamovilidad del fiscal general a la vida del Gobierno. Sin embargo, la ley establece una excepción a esta vinculación, y es que el fiscal general no ha de cesar si ha sido nombrado en los dos años anteriores al cese del Gobierno. Esto supondría, en su caso, un modo de "cohabitación" política, una herencia de difícil digestión para un Gobierno entrante de signo

contrario.

El modo de nombramiento de fiscal general siempre ha dado lugar a críticas y objeciones, porque, no en balde, perviven las razones que dieron lugar a la propia institución. La longa manu elogiada por Montesquieu se manifiesta, con mayores o menores matices, en la práctica totalidad de los países del continente europeo con los que compartimos un modelo de organización judicial.

Italia es una excepción. En el país transalpino no existe ninguna figura similar a nuestro fiscal general. El Ministerio Público está organizado por regiones. Al frente de cada una hay un fiscal nombrado por el Consejo Superior de la Magistratura tras un concurso. Es el jefe con facultades administrativas, pero no jurisdiccionales, porque los fiscales son magistrados del Ministerio Público, independientes e inamovibles. Por esta condición de independencia pueden ser, y son, los que instruyen las causas penales, función que en España ejerce el juez de instrucción.

En Portugal el fiscal general es nombrado por el presidente de la República a propuesta del Gobierno, por un periodo de seis años, sin que pueda ser cesado si cambia el Gobierno, de manera que es posible la “cohabitación” entre un fiscal designado por un Gobierno y un Gobierno de signo distinto o contrario. En todo caso, según la Constitución, corresponde al presidente de la República el nombramiento y cese.

En Francia es donde se percibe más diáfanamente la huella de la longa manu del Ejecutivo. No en balde aquel modelo histórico fue perfilado por Napoleón que decidió que en las grandes ciudades, junto a los magistrados inamovibles hubiera otros que fueran designados por su fidelidad política. Eran los magistrados du parquet, así denominados porque deben hablar estando de pie, sobre el parqué de los estrados, cuando emiten sus informes orales ante los magistrados del tribunal, que están sentados. Por eso se les llama magistrados du siège. Los fiscales son, como en Italia y Portugal, magistrados del Ministerio Público. El ministro de Justicia es el jefe del parquet (así se denomina, por extensión, a la Fiscalía), que es una organización totalmente jerárquica. El ministro, como jefe máximo, puede dar órdenes generales y particulares, orales y escritas. Todos sus subordinados están obligados a informarle de los

asuntos sensibles que llevan entre manos. El superior jerárquico puede ordenar el archivo de cualquier investigación, sin obligación de motivar su decisión, y sin una posterior supervisión jurisdiccional.

En Alemania, el fiscal general es nombrado por el presidente de la República a propuesta del ministro de Justicia, con el consentimiento del Bundesrat (Consejo Federal, o cámara de representación territorial). El fiscal general es la cúpula de una estructura jerárquica, dependiente del Ministerio de Justicia. Le corresponde dirigir la Fiscalía y actuar conforme a la política criminal del Gobierno. Puede ser cesado por quien le nombró. El uso de esta facultad es excepcional, pero a veces se produce. En 2015, la canciller Merkel cesó al entonces fiscal general, Range, con ocasión de un confuso asunto de periodistas y servicios de información. La Fiscalía alemana es el órgano encargado de la investigación de los delitos, función que en el sistema francés o español corresponde al juez de instrucción. El juez, en la instrucción penal, en Alemania, controla las medidas que el fiscal adopta o propone que se adopten, cuando limitan derechos constitucionales del investigado.

El modelo inglés es absolutamente distinto. En Inglaterra no existe un Ministerio Fiscal propiamente dicho, porque se ha rechazado siempre un régimen de monopolio del ejercicio de la acción penal. La acusación se ejercita en nombre de la Corona, pero eso no significa que perviva la longa manu del poder real. No obstante, según el modelo histórico inglés, la acusación pública estuvo adscrita al Poder Ejecutivo. Era la Policía la que llevaba todo el peso de la investigación. Nunca les hizo falta un fiscal. Organizada localmente, la Policía goza de independencia funcional. Disfruta de una amplia libertad de criterio acerca de cuándo y cómo iniciar el proceso penal. Concluida la investigación, la misma Policía, mediante abogados propios o contratados, puede acusar en nombre de la Corona. Pero, del mismo modo, también puede hacerlo, si así lo requiere, el Attorney General, el Director of Public Prosecutions (DPP) o la Crown Prosecution Service. También puede hacerlo cualquier ciudadano, aunque esto último es absolutamente extraordinario. A continuación, el juez comprobará si la actividad policial ha sido legal y si existen elementos de prueba suficientes

para continuar el juicio. La acusación en Inglaterra, originariamente discrecional y atribuida a la Policía, encontraba dificultades de efectividad y de credibilidad a causa de la saturación del trabajo que recaía sobre los abogados contratados, en tiempos de crisis económica, y también a causa de la desconfianza que generaba el desmedido celo policial para conseguir buenos datos estadísticos de condenas. Todo ello dio lugar a la creación del Crown Prosecution Service en 1985. Al frente de esta institución se encuentra el DPP que ejerce sus funciones de manera independiente, aunque siempre bajo la supervisión del Attorney General que, como miembro del Gobierno, responde de su gestión ante el Parlamento y tiene la obligación de presentar anualmente la Memoria correspondiente. Este es, por lo tanto, el único mecanismo parlamentariamente formalizado para exigirle responsabilidad, que en todo caso es política dado que no responde sobre su actuación en casos concretos. El DPP puede limitar la autonomía de la Policía instándola a que complete la investigación para obtener más elementos de prueba o incluso puede desistir del ejercicio de la acción, aunque la Policía no esté de acuerdo. Esta limitación, sin embargo, no significa que exista una auténtica garantía de control jurisdiccional sobre el ejercicio de las facultades discrecionales de la Policía. Únicamente significa un control político.

A la vista de los distintos modelos de Fiscalía que se acaban de ver, podemos concluir que, mayoritariamente, la acusación pública en los procesos penales corresponde a una institución jerarquizada cuya cúpula designa el Gobierno. Pero este modelo no es axiomático. La institución podría ser independiente, no jerarquizada, como en Italia, y podría, simplemente, no existir, como en el modelo tradicional inglés. Aunque, como hemos visto, ese modelo tradicional ha tenido que evolucionar hacia la creación de unas oficinas con profesionales dedicados a ejercer funciones similares a las de los fiscales de los modelos continentales, bajo la dirección de un alto responsable político perteneciente al Gobierno.

El fiscal y el Gobierno

Vista nuestra historia, y vistos los modelos vigentes en Europa, hay motivos para que todavía perviva la consideración de la Fiscalía como institución no totalmente independiente del Gobierno o, al menos, no totalmente desvinculada de él. Y, en consecuencia, hay motivos para que perviva la consideración de los fiscales como sujetos a la misma dependencia o vinculación, en cuanto están subordinados a sus jefes por el principio de dependencia jerárquica. Esta apariencia de doble dependencia o vinculación, de la cúpula y de los subordinados, es motivo de insatisfacción para los estudiosos del problema, para los fiscales, y para los que desean una arquitectura institucional democrática basada en una plena división de poderes, sin matices, sin pervivencia de ninguna longa manu del poder ejecutivo en el poder judicial.

Para hacer frente a esta insuficiencia de nuestra construcción institucional se han ido añadiendo disposiciones legales que, poco a poco, van debilitando los lazos de la antigua vinculación. En lo que se refiere a las relaciones del fiscal general del Estado con el Gobierno, la ley que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal experimentó una importante reforma en 2007. Ya hemos visto que a partir de esa reforma legal, el Gobierno, que elige al fiscal general, y lo propone para que sea nombrado por el rey, no puede cesarlo ni renovarlo en su cargo cuando pasan los cuatro años improrrogables de su designación. Con esto se pretende que el fiscal general no haya de temer un cese anticipado, y no tenga la tentación de agradar indebidamente al Gobierno para procurar su reelección. De este modo se procuró, en 2007, dotar de autonomía efectiva al cargo, aunque cabe prever que hay otros medios más sutiles, indirectos o enrevesados para que el Gobierno consiga, o intente, que la Fiscalía no le incomode gravemente.

Hasta la reforma de 2007, el ministro de Justicia mantenía una clara relación de superioridad respecto del fiscal general. Podía

ordenarle que no interviniera en un asunto cuando, a juicio del ministro, había una causa de abstención. Por ejemplo, es causa de abstención tener interés directo o indirecto en el asunto, tener amistad o enemistad con alguno de los intervinientes en él, o haber ocupado anteriormente un cargo público, como un puesto político, con ocasión del cual se hubiera relacionado con el asunto directa o indirectamente. Como se ve, los supuestos eran lo bastante abiertos como para que el ministro pudiera tener la manga demasiado ancha, o demasiado estrecha, y siempre quedaba la duda de cuáles eran las amistades o intereses personales o políticos del propio ministro.

Esta situación se resolvió con la mencionada reforma de 2007. A partir de entonces, el ministro ya no interviene para nada en la actividad del fiscal general. Si se plantea una situación en que el fiscal general deba abstenerse o deba ser recusado, debe reunirse la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, compuesta por, aproximadamente, 25 fiscales, las más altas jerarquías de la Fiscalía, los cuales decidirán sobre si el fiscal general puede intervenir o no.

La intervención de que se trata, obviamente, no puede referirse solo a una intervención directa, asumiendo para él la actuación personal en el asunto. Se refiere también, lógicamente, a que tampoco puede ejercer cualquiera de las funciones de supervisión que la ley le concede, como designar al fiscal que deberá actuar o darle instrucciones.

En España, antes de 1981, el Gobierno podía, legalmente, dar instrucciones al fiscal general, y este estaba obligado a acatarlas. Y no debe escandalizarnos, porque, como hemos visto en páginas anteriores, esta relación está hoy vigente en distintos países europeos cuyo nivel democrático nadie pone en duda. La ley de 1981 que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se ha ocupado de establecer cómo deben ser las relaciones del Gobierno con la Fiscalía, y la posterior reforma de 2007 ha pretendido corregir, completar y aclarar el marco de esas relaciones. En nuestra ley, hoy, el Gobierno puede “interesar” del fiscal general que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes para la defensa del interés público. Si el Gobierno ejercita esa posibilidad

legal, el fiscal general no puede responder inmediatamente, por sí mismo. Tiene obligación de oír a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo. Tras escuchar a la Junta, el fiscal general resolverá sobre la procedencia o la improcedencia de cumplir lo interesado por el Gobierno.

Otra situación conflictiva entre el Gobierno y el fiscal general se puede producir cuando, en el curso de una determinada investigación o actuación de la Fiscalía, resulte directamente afectado cualquier miembro del Gobierno. En tal supuesto el fiscal general también está obligado a escuchar a la misma Junta antes de dar las instrucciones pertinentes al fiscal que está realizando las investigaciones o actuaciones.

Todo esto significa un control importante para evitar la interferencia del Gobierno en las actuaciones de la Fiscalía. Pero, evidentemente, no es suficiente. El fiscal general debe escuchar a su Junta, pero en ningún sitio está establecido que deba actuar de acuerdo con lo que decida la Junta. Tampoco es plenamente satisfactoria la solución del supuesto en que un miembro del Gobierno resulte afectado por una actuación de la Fiscalía. En primer lugar, porque no es claro qué quiere decir "resultar afectado". Puede entenderse solamente que esté acusado. Esto significaría que solamente es necesario el trámite de escuchar a la Junta para perseguir penalmente a los miembros del Gobierno. Pero también podría significar que el trámite es imprescindible cuando un miembro del Gobierno resulte perjudicado o interesado personal, política o económicamente. En segundo lugar, tampoco es satisfactorio que la previsión se limite a los miembros del Gobierno, que, en principio, son únicamente el presidente, los vicepresidentes y los ministros. Otros altos cargos no están abarcados por la misma previsión de control para evitar interferencias del Gobierno en la actuación de la Fiscalía. Y, desde luego, tampoco estarían incluidos en esa previsión los parientes y allegados del entorno de los miembros del Gobierno, puesto que le previsión legal es clarísima: solo se refiere al supuesto de que la actuación de la Fiscalía afecte directamente a algún miembro del Gobierno. Estas insuficiencias disminuyen la eficacia pretendida con aquella previsión legal y dan pie a interpretaciones indeseables de politización, a favor o en contra del Gobierno, pero siempre en contra de la imparcialidad del

fiscal.

Además, es conveniente saber quiénes son los componentes la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, que, como acabamos de ver, es el sanedrín que asesora al fiscal general en todos los temas conflictivos, y en los que comprometen su imagen de imparcialidad e independencia respecto del Gobierno. Los fiscales de Sala son nombrados para el cargo por el Gobierno, a propuesta del fiscal general por un plazo de cinco años y renovable por periodos iguales. El fiscal general, antes de la propuesta, debe oír al Consejo Fiscal, que es un órgano parcialmente elegido por las asociaciones de fiscales, aunque su opinión mayoritaria no obliga al fiscal general. O sea, es razonable presumir que general y mayoritariamente esos fiscales de Sala tendrán opiniones que no desagradarán al fiscal general.

Estructura jerárquica

Los fiscales, por el principio de legalidad, está obligados a actuar con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes. Para actuar según este mandato legal, los fiscales, razonablemente, necesitan una autonomía profesional. Sin embargo, esta autonomía está encuadrada, o, según algunos encorsetada, en una estructura jerárquica, de subordinación, de mando. Es el principio de unidad de actuación y dependencia jerárquica, de tradición histórica, y de vigencia en la mayor parte de los países europeos, como hemos visto. Este principio está establecido en la Constitución.

La máxima jefatura la ostenta el fiscal general del Estado que es asistido por una Fiscalía que realiza funciones de secretaría técnica, otra que realiza funciones de unidad de apoyo, y una última que desempeña la inspección interna de todas las fiscalías de España. Subordinadas al fiscal general, hay cuatro fiscalías adscritas a los tribunales más importantes, con sede en Madrid y de ámbito estatal: la del Tribunal Supremo, la del Tribunal Constitucional, la del Tribunal de Cuentas y la de la Audiencia Nacional. Además, hay dos fiscalías que también tienen sede en Madrid y su ámbito es todo el territorio nacional, pero no están adscritas a ningún tribunal. Son fiscalías especiales por la materia a la que se dedican: son la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción. El escalón siguiente de ámbito territorial corresponde a las fiscalías superiores de cada comunidad autónoma, que se corresponden con el ámbito territorial de cada Tribunal Superior de Justicia. Dependientes de cada Fiscalía Superior son las fiscalías provinciales. También hay fiscalías de área, de ámbito territorial inferior a la provincia.

En cada Fiscalía hay un fiscal jefe designado a propuesta del fiscal general, conforme a unas exigencias de categoría funcionarial y a un modo de selección. El mandato de estos fiscales jefes es por

cinco años, y es renovable por periodos iguales. También pueden ser removidos, es decir, cesados, por el Gobierno a petición de su superior inmediato y del fiscal general, oído el Consejo Fiscal. Al fiscal jefe le corresponde la dirección de la Fiscalía, bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del fiscal general. El fiscal jefe puede dar órdenes a sus subordinados, y estos están obligados, en principio, a acatarlas y cumplirlas. Hasta la reforma de 2007, el jefe podía, en cualquier momento de la actividad de un fiscal, sustituirlo por otro, "si razones fundadas así lo aconsejan". Esta dimensión tan radical de la autoridad implicaba una limitación inapropiada de un mínimo de autonomía imprescindible para un ejercicio digno de la profesión, incluso en una estructura jerarquizada, no militar. La reforma de 2007 ha modificado el sistema. Desde entonces, si el jefe estima que no es conveniente que un fiscal lleve un determinado asunto, por su complejidad, o por las características del fiscal, podrá decidir que será él mismo quien lleve el asunto, o designar a otro fiscal para que lo despache. Esta decisión deberá formalizarse por escrito con motivación. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal. Puede parecer que este control es escaso, ya que el Consejo no puede hacer más que manifestar su discrepancia con el apartamiento de un fiscal en un caso concreto. Pero téngase en cuenta que el Consejo es mayoritariamente representativo, y las asociaciones de fiscales que en él están representadas son un vehículo imparable de exteriorizar el conflicto, y el acceso a los medios de comunicación puede dañar seriamente el prestigio del jefe autoritario. Naturalmente, el conflicto no se llega a producir en estos términos cuando tiene dimensiones estrictamente de técnica jurídica, sino cuando tiene dimensiones sociales o políticas que sean de interés mediático.

El principio constitucional de unidad de actuación y dependencia jerárquica está regulado por la ley que rige el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La misma ley, cuando regula la estructura jerárquica, establece matizaciones a este principio. Junto al principio de dependencia jerárquica, la ley establece el principio de imparcialidad. Según este principio, los fiscales actuarán con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que les estén encomendados.

Para equilibrar la relación entre estos dos principios, los fiscales

disponen legalmente de una especie de objeción de conciencia según la cual, si reciben una orden de su superior jerárquico que consideran contraria a las leyes o que por cualquier otro motivo estiman improcedente, se lo pueden comunicar al superior que dio la orden, por medio de un escrito motivado, desencadenando un trámite en que interviene la Junta de todos los fiscales de su Fiscalía, con votación y decisión final. Si el superior no está de acuerdo con lo decidido por esa junta, el conflicto se eleva al que sea su superior jerárquico y, en su caso, al fiscal general. Si la decisión final del superior jerárquico o del fiscal general ratifica la orden discutida, se informa al subordinado discrepante por escrito razonado. El superior puede encomendar a otro fiscal el despacho del asunto controvertido, o bien puede ordenar al fiscal discrepante que siga llevando el asunto cumpliendo su orden, aunque relevándole de las responsabilidades que pudieran derivarse del cumplimiento de la orden. El problema práctico para el subordinado es que esas posibles responsabilidades de las que ha sido relevado solo aparecerían cuando le fueran exigidas a él, en un proceso en que él mismo, y no su superior, sería inicialmente investigado. Todo esto, naturalmente, siempre y cuando la orden no sea manifiesta, clara y terminantemente ilegal, porque en tal caso el fiscal, como cualquier otra autoridad, o cualquier funcionario, está obligado a desobedecer.

Los fiscales tienen otra válvula de expresión de su autonomía, manifestando formalmente que discrepan de la orden de su superior. Se trata de una fórmula procedente del derecho francés napoleónico del siglo XIX, que se enunciaba así: “la pluma es sierva, la palabra es libre”. Según esta fórmula, vigente hoy en España, los fiscales deberán atenerse a las órdenes de su superior en sus dictámenes escritos, pero podrán desenvolverse libremente en sus informes orales “en lo que crean conveniente al bien de la justicia”. Esta válvula de autonomía efectiva, aunque sea solamente en actuaciones orales, es de gran importancia, porque se trata de las actuaciones en los juicios orales y públicos. El fiscal discrepante puede exponer la línea oficial, jerárquica, de la institución a la que representa y, seguidamente, proponer al tribunal una perspectiva profesional alternativa. Es el equivalente al voto particular de los magistrados de los tribunales colegiados que emiten su voto discrepante del voto de la mayoría. En uno y otro caso se pretende

salvar la independencia individual en el seno de un colectivo mayoritariamente discrepante. Se trata de la autonomía personalísima, jurídica, deontológica, cívica. Pero con una diferencia entre la discrepancia explicitada por un magistrado y un fiscal. El voto discrepante del magistrado queda escrito con los razonamientos que le parecen convenientes. Con ello además de alcanzar el objetivo personalísimo, se asegura la posibilidad de que la argumentación discrepante sea conocida, y en su caso atendida, por un tribunal superior. La práctica de emitir un voto discrepante no es constante, pero sí relativamente frecuente en la actividad de los magistrados. La discrepancia formal de los fiscales, expresada de palabra en un juicio oral, es totalmente infrecuente, probablemente porque los fiscales tienen profundamente interiorizado el principio de unidad de actuación que forma parte del principio de dependencia jerárquica. El fiscal que ejercita esa facultad extraordinaria, como el magistrado discrepante, tiene el objetivo inmediato de salvar su independencia individual de criterio, pero también el objetivo de aportar al tribunal que atiende sus razones elementos con que formar su convicción. Todo esto, cuando se trata de discrepancias exclusivamente de técnica jurídica, no pasa de ser un debate profesional, irrelevante cívicamente. Pero si se trata de un asunto célebre, esa discrepancia formalmente expresada en un juicio oral y público puede tener una notoriedad que excede el ámbito simplemente jurídico.

Los fiscales

La dimensión institucional, política, de la Fiscalía, y la dimensión técnica, jurídica, de su organización, son inseparables de su dimensión humana. Todo el entramado se sustenta en un conglomerado de hombres y mujeres, profesionales que realizan las funciones que las leyes encomiendan a los fiscales.

Si hemos comenzado preguntándonos para qué sirven, para qué servimos los fiscales, parece conveniente intentar describir, en primer lugar, quiénes son, quiénes somos. Probablemente es arriesgado aventurar una descripción de los fiscales como colectivo, porque hoy la composición sociológica de ese conglomerado humano es tan plural como el conjunto de la sociedad a la que pertenecen. Pero no siempre fue así, y es posible que algunos vestigios de antiguas tradiciones queden en las formas, los ritos, los comportamientos corporativos.

Es necesario, como siempre, remontarse a la historia más próxima para conocer cómo eran aquellos profesionales, cuáles eran las pautas sociales que definían la conducta personal y profesional que la sociedad y las jerarquías judiciales exigían de los jueces y fiscales, que en aquellos tiempos componían una única carrera.

Ya en la Circular de 27 de mayo de 1841, el ministro de Justicia decía que los jueces “sacerdotes de la Justicia, son los que con sus oráculos deben hacer la felicidad de los pueblos”, por lo que el Gobierno les exigía “la moralidad la rectitud y la imparcialidad que siempre han formado la esencia de la buena Administración de Justicia”. Y concluía: “Con estas calidades que suponen o envuelven la conducta más esmerada y decorosa, la vida más pura y reglada de los Magistrados y Jueces, sus decisiones serán indudablemente justas”. Según esta decimonónica visión sacerdotal del juez, a diferencia de otras profesiones o dedicaciones, las virtudes que deben regir la totalidad de su vida personal son “presupuesto necesario y garantía del acierto profesional, es decir, de la óptima

realización de la actuación del juez o del fiscal".

Esta perspectiva casi sacerdotal, aislada de la sociedad, que los legisladores deseaban para los jueces y fiscales se conservó para estos últimos cuando la dictadura de Primo de Rivera separó las carreras en 1926. Los redactores del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de ese mismo año quisieron concretar las características que deseaban imprimir en los fiscales. Así, se preveía las recompensas que los fiscales jefes podían otorgar a sus subordinados por sus virtudes o méritos profesionales, o por virtudes personales extraprofesionales. Entre las primeras, cabía la recompensa por su labor extraordinaria, venciendo retrasos en el despacho de asuntos que otros hubieran motivado; por su constante y acertada labor oral cuando esta merezca el aplauso imparcial de los tribunales y de la opinión pública; por la intensidad e importancia de determinados trabajos; o por su serenidad ejemplar ante conflictos graves. Entre las virtudes personales extraprofesionales, se preveían recompensas por su cultura superior; por su abnegación en la vida privada; por su valor cívico sobresaliente; o por cualquier otra virtud digna de ser premiada. Y simultáneamente, junto a estas previsiones de excelencia deontológica había previsiones de rechazo para comportamientos que se tenían por incompatibles con aquella concepción casi sagrada de la profesión. El Consejo Fiscal, compuesto por las máximas jerarquías de la Fiscalía, tenía entre sus funciones "velar especialmente por el prestigio de todos los funcionarios fiscales cuidando que tanto en su vida oficial como en la privada mantengan merecidamente la integridad de su buena fama". El Consejo Fiscal tenía facultad para decidir de manera inapelable, pudiendo expulsar de la carrera, sin garantías de defensa, aunque el afectado hubiera sido absuelto en un juicio penal, ante un tribunal de magistrados, por los mismos hechos. Con estos mecanismos de sometimiento y control se llegó a 1936 y 1939.

En un estudio sobre los expedientes de depuración de jueces y fiscales de los años cuarenta, tras la Guerra Civil, se hace una descripción interesantísima de las características sociológicas de los jueces y fiscales de la época a que nos estamos refiriendo. Se dice que los antecedentes ideológicos y de conducta recogidos en los expedientes revelan un elevado grado de práctica religiosa de jueces

y fiscales, siendo incluso habitual la pertenencia durante la juventud a organizaciones católicas de las principales órdenes religiosas. La mayor parte de los jueces y fiscales estaban casados, bien con hijas o hermanas de superiores y colegas, o con mujeres de buena familia de alguno de los primeros destinos de su carrera. También era común la lectura de los periódicos conservadores de carácter local o nacional, y la relación con las autoridades y las élites sociales y religiosas de la localidad, no solo en los actos oficiales sino también cotidianos, en la asistencia a sus casinos y sus centros de reunión social. Según el referido estudio, la desviación de estos patrones de conducta "les hacía desmerecer en el concepto público", y era tenida en cuente en el expediente de depuración.

Los fiscales y los jueces tenían, y todavía tienen, una formación técnica, jurídica y profesional idéntica. Los exámenes de ingreso en la fiscalía o la judicatura son iguales y durante muchas etapas históricas son comunes para ambas carreras. Sin embargo, a raíz de la separación de carreras desde 1926, se había producido una característica sociológica diferencial entre los jueces y los fiscales. En cada partido judicial había un solo juez, con residencia obligatoria en el pueblo que era cabeza de partido. Los pueblos cabeza de partido eran los mejores de cada comarca, pero en la mayor parte de los casos serían inhabitables según los estándares mínimos de confort actuales. En muchos de ellos todavía no había conducción de agua, que se surtía con cántaros a la fuente, labor que en las casas de los jueces, como en las de todas las familias con un mínimo acomodo, era desempeñada por las criadas. No era normal tener automóvil, que era un privilegio de los ricos del pueblo. La distancia a la capital de provincia, medida en tiempo, era mucha. El juez era muy respetado, pero estaba muy aislado en un entorno social limitado, atendidas las abismales diferencias de clase, económicas y culturales. Su espacio de relación cotidiana no alcanzaba mucho más allá del cura, el notario, el médico y el boticario, además de los ricos del pueblo que eran los únicos que tenían pleitos civiles que debía resolver el juez, al que le convenía protegerse de su interesada amistad, aunque no siempre lo hacía. Esta condición de autoridad, de superioridad aislada o distanciada, conformaba la psicología judicial de aquellos jueces de los años veinte y treinta, que perduró hasta dos o tres décadas después.

Los fiscales, a diferencia de los jueces, eran destinados únicamente a las capitales de provincia como fiscales de la Audiencia Provincial, y en esta convivían profesionalmente con otros fiscales, con los magistrados y jueces veteranos que ya habían ascendido de sus primeros destinos en pueblos, de modo que su relación social, cultural y profesional era más sociable, más de grupo, con más acceso a las élites provincianas, sus actos sociales, sus casinos. Eran funcionarios con aires de señorito provinciano que no tenía más relación con la realidad delictiva que los papeles, los sumarios, de los que la base eran unos atestados de la Guardia Civil cuya veracidad y pulcritud, en la práctica, nadie ponía en duda.

Estas características sociológicas, culturales e ideológicas explican la razón por la que al término de la Guerra Civil la represión franquista sobre los fiscales, como sobre los jueces, fue mínima en comparación con la que ejerció sobre otros colectivos de funcionarios, como, por ejemplo, los maestros, prácticamente laminados por represión directa y por depuración. Los fiscales, como los jueces, accedían al cargo con el deseo de integrarse en una profesión y en unas funciones autoritarias, conservadoras, no de élite, sino más bien al servicio de las élites. El nuevo régimen de la dictadura no desconfiaba de ellos generalmente. Por eso la depuración fue mínima. Afectó solamente al 6% de los jueces y al 12% de los fiscales, porque la inmensa mayoría de ellos eran sociológicamente franquistas, del mismo modo que antes habían sido primorriveristas. Estas características sociológicas históricas han ido desapareciendo a medida que también nuestra sociedad ha ido transformándose. La cantera de los futuros jueces y fiscales ha ido adecuándose a las transformaciones sociales. Hoy sería totalmente equivocado afirmar que los que administran justicia, como jueces o como fiscales, están marcados por orígenes de nepotismo y endogamia, o que pertenecen a élites sociales o económicas.

La adecuación de la cantera de futuros jueces y fiscales a las transformaciones sociológicas de nuestra sociedad llegó un momento en que exigió la presencia de la mujer en los tribunales, en situación de total igualdad con los varones. Una ley de 1961 permitió el acceso de la mujer a los cargos públicos. Era una exigencia cívica, cultural y hasta económica, pero fue pregonada

por el franquismo como un gran avance que, sin embargo, tenía sus limitaciones. La mujer podía acceder a todos los cargos públicos menos a los de juez o fiscal. La explicación de esta limitación merece la pena transcribirla: “No por falta de capacidad o responsabilidad, sino para protección de sus sentimientos ante determinadas actuaciones que el cumplimiento de su deber haría ineludibles”. Fue necesario llegar a 1966 para que se dejara sin efecto esa limitación. Se argumentó el levantamiento de la atávica restricción afirmando que “los motivos de la protección que la Ley quiso dispensar a los sentimientos de la mujer deben estimarse superados por la propia realidad social y porque la mujer que se sienta llamada al ejercicio de la función judicial habrá de encontrar en ella ocasiones de satisfacer su vocación, que la compensarán de las aflicciones que pueda depararle”.

Conviene añadir algunos datos sobre la eficacia de esta reforma legislativa después de más de medio siglo de la normalización legal de la presencia de la mujer en la judicatura y la fiscalía. La plantilla actual de la Fiscalía española es de poco más de 2.500 personas. De ellas, algo más de 1.500 son mujeres, es decir, un 64%, y los hombres, por lo tanto, un 36%. En las jefaturas y puestos directivos los hombres son el 65%. Y en la Comunidad de Madrid las mujeres son el 78% de la plantilla de fiscales, aunque en los órganos centrales (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional etc.) solo alcanzan el 41%. Para completar estos datos téngase presente que la edad media de los y las fiscales en los órganos centrales es de 59 años, y en las fiscalías de las comunidades autónomas oscila entre los 45 y 50. En el País Vasco, 44; en Andalucía, 45; y en Madrid, 50. La diferencia es razonable, ya que el acceso a los órganos centrales se produce por distintos motivos, uno de los principales es la antigüedad, y ya hemos visto que la incorporación de la mujer a la profesión es relativamente reciente y con un crecimiento progresivo. En los primeros años no era, como ahora, mayoritaria. Por estas razones en la franja de mayor edad, correspondiente a los órganos centrales, hay menos mujeres.

Puede concluirse que la presencia de la mujer en los tribunales y en la fiscalía es una consecuencia necesaria de su normalización sociológica y cultural en el conjunto de la vida social. La democracia española no hizo más que consolidar esta realidad, por

cierto, con sus notables insuficiencias.

El derecho de asociación

Del mismo modo, el derecho de asociación apareció en los ámbitos profesionales de jueces y fiscales más o menos al mismo tiempo que aparecían en otros países europeos, en los años sesenta del siglo pasado, y particularmente a raíz de los acontecimientos de mayo del 68. Esa corriente asociativa era consecuencia necesaria de una realidad sociológica y cultural de la Europa democrática. Pero España tenía una peculiaridad muy significativa. En España no había democracia. Los jueces y fiscales se agruparon en colectivos cuyas reivindicaciones principales no eran, como en otros países, de origen orgánico y laboral, sino democrático. La reclamación del respeto por los derechos humanos y las libertades individuales y políticas era su punto de partida. Y la reclamación, obviamente, no podía hacerse, como en otros países, libre y públicamente, al amparo de las libertades democráticas, sino en una forzosa e indeseable situación de clandestinidad. Esos grupos empezaron siendo pocos y de reducido número de jueces y fiscales. Poco a poco fueron creciendo en número, y fueron apareciendo más, hasta que llegaron a constituir un colectivo organizado, con presencia en toda España. Se dio el nombre de Justicia Democrática, o simplemente, JD. En los últimos tiempos del franquismo JD procuró participar en la preparación de la convivencia democrática que había de llegar, formulando propuestas de futuras leyes de organización judicial democrática, proporcionando criterios técnico-jurídicos de crítica a la dictadura, con ocasión de los peores atropellos de la represión. Además, también instando a los diferentes grupos políticos a superar sus diferencias, que eran muchas.

JD era un colectivo relativamente pequeño, sociológica e ideológicamente plural. Había jueces y fiscales que evidenciaban su proximidad a partidos políticos como Democracia Cristiana, Partido Socialista, Partido Comunista, y partidos nacionalistas vasco, catalán y gallego. Había otros que desconfiaban de esas proximidades. Había veteranos con añoranzas republicanas y

jóvenes que esperaban cambiar el mundo.

Con el advenimiento de la democracia se esperaba que el derecho de sindicación y de militancia política de jueces y fiscales se acomodaría a lo que era común en los países europeos democráticos de nuestro entorno. No fue así. La Constitución prohibió, y prohíbe, a jueces y fiscales pertenecer a partidos políticos y sindicatos. Deja, sin embargo, la puerta abierta a un limitado asociacionismo corporativista. El debate que precedió a la redacción final de esta prohibición fue particularmente intenso. Convergencia i Unió, socialistas y comunistas proponían que la prohibición no fuera absoluta. Los catalanes admitían solo la prohibición de actuar en actos públicos y desempeñar cargos en el partido. En esto último coincidían con los socialistas. El debate confrontó dos puntos de vista contrapuestos cuyo eje central era la compatibilidad entre la imparcialidad exigible a los jueces y la parcialidad presumible en quien pertenece a un partido político o un sindicato. Fraga Iribarne argumentó que los jueces son "hombres revestidos de símbolos, que pasean solos en los pueblos y no van al casino. Hombres que se mantienen por encima de toda sospecha". Al parecer no sabía, o no quería saber, que los jueces, incluso en aquellos pueblos carentes de confort, los del cántaro a la fuente, los jueces, generalmente, no paseaban solos, y frecuentaban el casino, pero el de los propietarios, y leían los mismos periódicos que ellos. Roca Junyent le respondió diciendo que lo deseable es que "los jueces sean hombres que puedan pasear por donde quieran, que no tengan un carril especial para ellos". De los fiscales no habló nadie. Y la razón no parece que fuera el hecho de que los fiscales no estaban en los pueblos, sino en las capitales de provincia. La razón estaba en que se vinculaba su suerte a la de los jueces. Y, en efecto, la prohibición de la Constitución los abarcó por igual.

La hasta entonces clandestina JD accedió a la legalidad con esa sustancial limitación, pero todavía faltaba otra limitación al colectivo plural y democrático de la etapa anterior. La Ley Orgánica del Poder Judicial ordenó la separación asociativa. Los jueces solo pueden asociarse con jueces. A partir de esta realidad comenzaron los esfuerzos por constituir una asociación de fiscales que empezó como una organización unitaria. Las polémicas internas hicieron difícil y luego imposible la convivencia asociativa, y se produjo la

escisión. Existe la Asociación de Fiscales de tendencia ideológica y jurídica conservadora, y que es mayoritaria como corresponde a la base sociológica de los componentes de la Fiscalía. Hay otra asociación minoritaria de tendencia progresista, la Unión Progresista de Fiscales, y aún existen otras. Y una tercera, la Asociación Profesional e Independiente, y otras todavía más minoritarias.

Con estos antecedentes se dispone de datos objetivos para conocer las características sociológicas e ideológicas de los 2.500 fiscales, aproximadamente, que componen hoy la plantilla de la Fiscalía de España. Es un conjunto mayoritariamente de personas jóvenes y mujeres, cuyos puestos de mando están cubiertos en su mayor parte por varones de edad madura. Su tendencia ideológica cabe deducirla del espectro asociativo. Aproximadamente, la mitad del colectivo no está asociado, lo que puede significar la indiferencia ideológica, la indefinición o simplemente la voluntad de no comprometerse formalmente. Pero en las elecciones al Consejo Fiscal en las que votan todos, asociados o no, el voto mayoritario siempre ha sido para la asociación conservadora. Todo un indicio.

Para acceder a la carrera fiscal es necesario superar una oposición que es común para fiscales y jueces. La oposición consiste en unos exámenes en los que todavía prevalece el esfuerzo memorístico. Un primer test de cien preguntas significa un primer filtro. Los 1.500 aspirantes que superen con mejor nota ese filtro pasan a dos exámenes sucesivos y eliminatorios consistentes en recitar durante un tiempo fijo de una hora cinco temas de un programa oficial. Los temas se sortean y se exponen en audiencia pública ante un tribunal formado por magistrados, fiscales, catedráticos de universidad y abogados. En las oposiciones de 2019, de los 1.500 que pasaron el primer filtro, superaron la totalidad de las pruebas 300, de los cuales 180 optaron por ser jueces y 120 por ser fiscales. Cada uno de los dos cuerpos profesionales pasan un curso en un centro de formación específico para su preparación teórica y práctica. La Escuela Judicial, con sede en Barcelona y dependiente del Consejo General del Poder Judicial, se encarga de la formación de los jueces. La formación de los fiscales se realiza en el Centro de Estudios Jurídicos, con sede en Madrid, dependiente del Ministerio de Justicia.

Es necesario recordar que en los tiempos anteriores a la democracia los jueces y los fiscales accedían a un centro de formación común, que se llamaba Escuela Judicial, tras un examen-oposición común. La Escuela Judicial dependía del Ministerio de Justicia, de manera que el Poder Ejecutivo controlaba, o intentaba controlar, la formación de los jueces y fiscales. Ciertamente, en sus inicios la voluntad de control era firme y eficaz. El primer proyecto de ley para organizar una escuela judicial es de 1939, pero la ley no apareció en el BOE hasta 1944. Y todavía tardó más en entrar en funcionamiento. La primera promoción de jueces y fiscales procedentes de la Escuela Judicial es la de 1950. Se instaló en un palacete de La Castellana, en Madrid. Desde su inicio, y durante más de diez años, un personaje de apariencia humilde y de extraordinario poder, cuyo nombre no hace al caso, ejerció una velada dirección y un efectivo control de la Escuela Judicial. Este personaje había sido, al acabar la Guerra Civil, instructor jefe de la depuración y fiscal jefe de la Causa General (era una especie de tribunal paralelo a los Consejos de Guerra, que juzgaba las relaciones de los acusados con las instituciones políticas, sindicales o sociales republicanas, y condenaba a la confiscación de bienes, incluso a menores de edad). Es decir, un protagonista principal del control ideológico y de la represión en el interior de la judicatura y la fiscalía, y en la persecución y represión de la totalidad de la ciudadanía. Este personaje, severo y eficaz, dirigía la Escuela Judicial acompañado de otros magistrados y fiscales que ejercían de profesores, todos ellos especialmente adictos al Régimen. Poco a poco esa rigurosa dirección fue perdiendo fuerza y eficacia, por envejecimiento del profesorado, y también del Régimen. Por eso, en los años sesenta ya no existía un control eficaz. Ni siquiera se intentaba.

Las cosas han cambiado. Ahora nadie pretende un control sobre los jueces. Desde la etapa democrática, y en concreto desde la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, los jueces se han desprendido de la histórica vinculación con el Ministerio de Justicia, y su formación está en manos del Consejo General del Poder Judicial única y exclusivamente.

Los fiscales, sin embargo, siguen formándose en un centro dependiente del Poder Ejecutivo. Por eso, pese al importante paso

adelante que significaron las reformas legislativas de 2007, este dato es una muestra de las dificultades con que se tropieza para conseguir que el poder ejecutivo, heredero histórico del poder absoluto, se desprenda de cualquier área de poder real, renuncie a los últimos flecos de su histórica longa manu en el Poder Judicial.

Capítulo 2

LOS INSTRUMENTOS DE LOS FISCALES

El eje central de estas páginas es indagar para qué sirven los fiscales, es decir, su utilidad medida en términos conceptuales, ideológicos o estadísticos. Hemos visto quiénes son los fiscales, como es su estructura y su organización. Pero es evidente que esas instituciones, esas oficinas y esas personas no pueden conocer la realidad de los hechos cuyo estudio y tratamiento les corresponde si no hay alguien que se los pone sobre la mesa de su despacho. Los fiscales y las fiscales no salen a la calle a buscar los datos, los hechos, los delincuentes. Ni siquiera a las víctimas. Esa búsqueda de los datos es función de instrumentos auxiliares fundamentales, esenciales, sin cuya participación el trabajo de la Fiscalía sería imposible, su utilidad sería nula. Será necesario abordar cuáles son los instrumentos institucionales de que disponen para cumplir sus fines, sus funciones. Estos instrumentos son, fundamentalmente los policías antes de las actuaciones procesales y los testigos desde que estas actuaciones empiezan, o incluso antes. Hay más instrumentos, pero estos son los básicos. Dada su importancia conviene detenerse especialmente en ellos, su historia y razón de ser. Veamos sucesivamente a unos y otros.

La Policía

La Policía, como Policía Judicial, está al servicio de los jueces y fiscales, según la legalidad vigente hoy. Por ello las alusiones relativas a la autoridad que ordena la actuación de la Policía Judicial se expresan con una fórmula dual, refiriéndose, con frecuencia, conjuntamente, a jueces y fiscales. Sin embargo, en cuanto comparece el juez en una actuación, normalmente en el inicio de una investigación penal, sus órdenes son preferentes. Por esta razón, en la práctica, para el fiscal el espacio de plena autonomía de disposición sobre la Policía Judicial es el espacio de investigación previo al de la presencia judicial. Desde que el juez comienza a dirigir la instrucción, que es la investigación del delito y la averiguación del delincuente, los datos que el fiscal necesite como prueba de su acusación deberá solicitarlos al juez, y será este el que dará la orden a la Policía.

Hoy, a partir de una evolución histórica que recordaremos sucintamente, la Policía, como brazo armado del Gobierno para la contención del orden público, está dotada de una capacidad de intervención inmediata, física, que, en su actividad concreta, tiene ciertos caracteres de poder fáctico irreversible. Por su parte, los jueces y fiscales personifican un poder cuya administración les está encomendada. Los jueces dotados de un elevado nivel de autocontrol mediante sus propias estructuras jurisdiccionales y los fiscales con su estructura jerárquica y su relativa independencia, todavía con resabios de su antigua historia.

Por la misma razón que antes hemos propuesto una breve aproximación a los orígenes históricos de la Fiscalía, conviene ahora realizar una aproximación similar respecto de la Policía. También estos antecedentes nos explicarán muchas cosas.

La historia de la Policía, o mejor de las Policías, nos permite comprender sus dispares y ambivalentes características actuales, tanto estructurales, institucionales como efectivas, prácticas.

Según los estudiosos de este tema, la España de los siglos XVI a XVIII estaba partida administrativamente en dos: territorios de realengo, de teórica jurisdicción real, y territorios de señorío, seculares y eclesiásticos, bajo el dominio político inmediato de la nobleza y la Iglesia. Aquí radica una de las contradicciones de la monarquía absoluta, que solo es acatada por el poder señorial a cambio del reconocimiento de su jurisdicción. Además de esta jurisdicción señorial, existía la eclesiástica, regida por los obispos y en ciertos casos por abades, y la del Santo Oficio o santa Inquisición, de infausta memoria. También existía la jurisdicción militar. Todas ellas con amplísimo poder y ámbito de competencia. Frente a todas estas jurisdicciones "especiales", estaba la jurisdicción ordinaria, cuya titularidad residía en el rey, representado, en ocasiones, por el fiscal. Esta jurisdicción era desempeñada por las Chancillerías, presididas por un capitán general. Estas son las características con las que el régimen señorial español atraviesa, intacto, el siglo de la Ilustración.

Cada titular de jurisdicción disponía de gente armada, profesional u ocasional, para cumplir sus disposiciones. En Cataluña, desde la Edad Media, habían existido los somatenes, como fuerza armada popular, no profesional, al servicio de los señores, de la nobleza. Felipe V los suprimió por su posicionamiento en el bando derrotado, aunque han seguido reapareciendo a lo largo de la historia cada vez que la insuficiencia de los ejércitos o de las fuerzas de represión ha hecho necesario el auxilio de estos peculiares grupos armados civiles rurales.

Felipe V, sin embargo, no puso fin al sistema de grupos o fuerzas armadas locales o territoriales. Simplemente, en Cataluña, los sustituyó por una fuerza adicta, encargada de la persecución de las partidas residuales de la derrota de 1714, y de los bandoleros. Eran Les Esquadres, organizadas y dirigidas por Pere Antón Beciana, o Veciana, tratante de ganado que se enriqueció en la guerra aprovisionando de mulos a las tropas borbónicas. Esta fuerza adicta a Felipe V es el precedente inmediato de los Mossos d´Esquadra.

Tras la guerra de la independencia, en distintos territorios de España quedan incontables partidas armadas que constituyen la base del bandolerismo, y son el motivo para instrumentar las

distintas unidades para su represión y la propia composición de estas. Los mikeletes y los miñones, en el País Vasco, y Navarra, eran unidades de esa índole, precedentes de la Ertzantza.

La Constitución de 1812 previó que hubiera "en cada provincia cuerpos de milicias nacionales, compuestos de habitantes de cada una de ellas, con proporción a su población y circunstancias. El servicio de estas milicias no será continuo y solo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran". La Constitución de 1837 establecía una limitación a la disponibilidad regia de estas milicias: el rey solo podía disponer de cada milicia dentro de su respectiva provincia, necesitando el otorgamiento de las Cortes para superar este límite territorial.

La Milicia Nacional fue la fuerza armada no militar con mayor implantación en el conjunto de España. Dependía de las autoridades municipales o provinciales, aunque estaba dotada de estructuras homogéneas. Eran unas unidades civiles, de ciudadanos armados, con funciones de orden público rural. Según su reglamento de 1820, "los jefes de la milicia, cualquiera que fuese su grado, se conducirán como ciudadanos que mandan a ciudadanos". Es muy probable que en esta tradición de milicia municipal estén los antecedentes de las actuales policías municipales.

El Ejército, comprometido desde el año 1833 en las guerras carlistas, no podía dedicarse a labores de seguridad interior ni a la represión ordinaria del bandolerismo, porque ello requería una fragmentación excesiva de la tropa, que conducía inevitablemente a la indisciplina, a la indisponibilidad en caso de superiores necesidades, y a la ineficacia. La insuficiencia administrativa del Estado y la natural autonomía de los municipios, dada la ancestral precariedad de las comunicaciones y su inseguridad, hacían de las unidades civiles armadas dedicadas a la seguridad rural las únicas fuerzas autónomas locales efectivas. Su dependencia de autoridades locales electivas dotó a la Milicia Nacional de un carácter popular progresista.

Un nuevo modelo de tratamiento de la seguridad interior, permanente, centralizado, disciplinado, profesional, aparece el año 1844. Narváez desarmó a la Milicia de Madrid, y a continuación se fueron disolviendo las milicias del resto de España. González Bravo

había previsto un cuerpo de guardias civiles a las órdenes de las autoridades administrativas civiles, del jefe político provincial, que era el precedente del gobernador civil. El proyecto inicial consistía en la modernización y profesionalización de una milicia o guardia, de carácter civil. Pero cuando Francisco Javier Girón, duque de Ahumada, asumió el mando del nuevo cuerpo armado, exigió que la jefatura suprema correspondiera a un general, la oficialidad fuera militar y su jurisdicción fuera la castrense. Su especial espíritu de cuerpo se fomentaba con una calculada separación de la población, no solo administrativa y jurisdiccional, sino incluso vital, con el diseño de las casas-cuartel. Lejos de quedar sometido al poder civil o al judicial, su Cartilla adoctrinaba a los guardias civiles sobre una cierta superioridad, y una clara autonomía de su instituto: "La guardia civil no tiene autoridad para llamar a su presencia ni reprender a las justicias de los pueblos, pero si hallasen alguna falta en su comportamiento, lo pondrán en conocimiento de sus respectivos jefes. Los guardias civiles no tienen dependencia de las justicias de los pueblos en que se hallan destacados. Mas si estas les piden auxilio, se lo prestarán" (artículos 31 y 32, cursiva mía). Su dependencia orgánica, por lo tanto, era militar, y su dependencia funcional del jefe político. Las cuestiones de conflicto las resolvía el capitán general que, no lo olvidemos, todavía presidía las reales chancillerías, que eran los más altos tribunales de justicia territoriales. Los fiscales, dependientes del poder ejecutivo, además eran inferiores al mando militar.

La seguridad, y particularmente el orden público, entendido desde el poder como paz social en la vida urbana de las principales ciudades, comenzaba a tener características de complejidad que exigían un tratamiento institucional distinto que el de la seguridad rural. Un real decreto de 1844 creó un Cuerpo de Protección y Seguridad, que en 1852 se dividió en Cuerpo de Vigilancia, compuesto por agentes no uniformados, y otro de Seguridad, de agentes uniformados. Pero es necesario llegar a 1877, siete años después de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para que se creara la Policía Judicial y Gubernativa de Madrid, que se hizo extensiva al conjunto de España en 1887.

La pluralidad de instituciones o cuerpos policiales tiene, por lo tanto, una raíz histórica. Hoy esa pluralidad expresa a nivel policial

la coexistencia de una diversidad e incluso disparidad de direcciones por parte de las distintas fuerzas políticas cuyos representantes ejercen el poder ejecutivo. A esta característica debemos añadir la de su autonomía práctica, con ocasión de su intervención puntual. La concreta actuación policial implica un cierto grado de operatividad imprevisible, improvisada, discrecional, generadora de una tradición de autonomía y con los riesgos de la arbitrariedad, la desproporción y la irreversibilidad material de sus actuaciones.

Pluralidad institucional y autonomía fáctica son características de la función policial que quedan en el ADN de los distintos cuerpos, con los resabios históricos de su pluralidad originaria, reflejados en sus peculiares confrontaciones intercorporativas, generalmente inconvenientes, no siempre resueltas con la instauración legal de instituciones de coordinación ni con la designación de coordinadores que, al fin, ni mandan ni coordinan suficientemente.

Esa autonomía práctica, discrecional, con riesgos de arbitrariedad, es descrita con una brillantez y crudeza admirable por Manuel Alonso Martínez, ministro de Justicia, en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Y entre los usos reprobables que denuncia, uno hace referencia a

los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, [los cuales] recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle; y, en fin, de este conjunto de errores, anejos a nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable por tanto a los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas a cual más funestas para el ciudadano: la verdad de artificio que se convierte en verdad legal, y que cuando el procesado, llegando al plenario, quiere defenderse no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido, o por lo menos desarmado.

Aquellos funcionarios recelosos y hostiles, ajenos al orden judicial y fiscal, no podían ser más que los guardias civiles de Ahumada, ya que la primera Policía Judicial de Madrid, de 1877, solo se extendió por toda España en 1887, cinco años después de que Alonso Martínez redactara estas lapidarias frases. No parece, por ello, excesivo entender que aquella referencia al celo patriótico de los funcionarios recelosos y hostiles es más una sutil y acerada crítica que una alabanza inocua.

La voluntad del legislador de 1882 de concentrar en los jueces y fiscales el poder efectivo de la persecución penal se ponía de manifiesto en su regulación de la Policía Judicial, con un explícito deseo de enumeración exhaustiva de las instituciones y cuerpos existentes entonces, para que les quedara claro, en concreto a los aludidos, históricamente propicios a ser o sentirse excepciones a las reglas. Todos serían, en adelante, auxiliares de los jueces, los tribunales y el Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes, tal como ya estaba establecido desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870. Constituirán la Policía Judicial, decía, y dice, el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública,

los empleados o subalternos de la policía de seguridad, los alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio, los jefes, oficiales e individuos de la Guardia Civil, o de cualquier otra fuerza destinada a la persecución de malhechores, los serenos, celadores, y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana y rural, los guardas de montes, campos o sembrados, jurados o confirmados por la Administración, los funcionarios de prisiones, los subalternos de los tribunales y juzgados.

La distinción entre la función policial de seguridad ciudadana y la función de policía judicial es nítida en la Constitución española, alojando sus respectivas previsiones en preceptos alejados entre sí, como son el artículo 104, en el Título IV (“del Gobierno”) y el 126, en el Título VI, (“del Poder Judicial”). Las funciones previstas en el

artículo 104 corresponden a los distintos cuerpos policiales dependientes de las distintas instancias de poder ejecutivo, municipal, autonómico o estatal. Son funciones estratégicas preventivas, propias de los distintos órganos de Gobierno, cuyo objetivo es la preservación del orden público, así como la seguridad de los ciudadanos, la disuasión de los delincuentes, la evitación del delito. Son funciones programadas con criterios de oportunidad política, acordes con la concepción de orden público o paz social que profese la autoridad política correspondiente. Las funciones previstas en el artículo 126, por su parte, son reactivas, posteriores y consecuentes al hecho delictivo, sometidas al principio de legalidad, incompatibles con criterios políticos de oportunidad, dependientes de la dirección de los jueces y fiscales.

La separación práctica de las actuaciones policiales no es, siempre, tan fácil. Las iniciativas policiales autónomas que, finalmente, concluyen con una actuación judicial, pueden tener su origen en actividades policiales de seguridad ciudadana genérica y de prevención indiscriminada, en cuyo curso surge la notitia criminis. Estas actividades, obviamente, son programadas y dirigidas por las autoridades administrativas sin el concurso ni conocimiento de las judiciales. Es decir, y en términos de preceptos constitucionales, puede comenzar la actuación policial al amparo del artículo 104 y acabar ante el 126 de la Constitución.

Así pues, constitucionalmente nos hallamos ante dos funciones absolutamente diferentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad, correspondientes a dos poderes del Estado diferentes, previstas en preceptos diferentes de la Constitución y reguladas en cuerpos normativos diferentes. En la práctica, sin embargo, no existe una línea de separación nítida que marque esta diferencia, y, sobre todo, tan esenciales distintas funciones están encomendadas a las mismas instituciones, cuerpos y personas. Y ello no es casual, según nos revela nuestra reciente historia. Con todos estos antecedentes históricos, con tanta diversidad de funciones y dependencias orgánicas, podemos llegar a la conclusión de que no será fácil el control funcional de las policías que está encomendado a jueces y fiscales.

A esta dificultad, derivada de la dualidad o diversidad estructural,

orgánica y constitucional, debe añadirse otra dificultad práctica, pero próxima, real y cotidiana. En la actividad de la Policía conviven dos almas, o dos culturas, a veces contrapuestas. Existe la cultura oficial, sólidamente anclada en el cumplimiento y respeto de los principios democráticos. Pero también existe una perversa cultura de la transgresión policiaca, masivamente difundida por la cinematografía norteamericana, que constituye un ingrediente preocupante de la psicología policial subterránea, existente pero inconfesada, invisible. Es una cultura histórica derivada de la disponibilidad del monopolio de la violencia física legal, oficial, cultura que tan magistralmente describió García Lorca: "Y tienen en la cabeza una vaga astronomía de pistolas inconcretas".

Esta "vaga astronomía" se manifiesta en la obsesiva argumentación de una especie de "estado de necesidad preventivo" que implicaría la justificación de las transgresiones policiales, a partir de la estigmatización de las garantías y los derechos del investigado y del detenido como obstáculos a la eficacia de la necesaria actividad policial de prevención o persecución.

Pero del mismo modo que cabe adjudicar a la cultura cinematográfica del "cine negro" aquella perversa cultura policial de la transgresión, debe adjudicarse a la cultura judicial norteamericana la creación del antídoto pragmático. La teoría de los frutos del árbol envenenado, nacida en Estados Unidos, tiene por objeto hacer frente a esos eventuales excesos policiales. Del árbol envenenado ningún fruto es comestible. Ningún tribunal usará como prueba un testimonio, una confesión, cualquier dato obtenido de forma ilegal. Ningún maltrato, ninguna presión psicológica, ningún documento falsificado pueden ser aceptados por un tribunal. Esta teoría está plenamente asentada en la práctica de los tribunales de todos los países democráticos. Se trata de condenar a la inutilidad práctica las actuaciones policiales ilegales y, por ello, generar el desistimiento de los agentes que, en otro caso, las realizarían. Pero este control es a posteriori, cuando el daño material al maltratado ya está hecho, cuando los efectos de la conducta policial irregular ya están incorporados a la actuación judicial y sus autores satisfechos de su "éxito" policial. Normalmente, tras haber conducido al error al fiscal, que se ha servido de esa prueba ilegal creyendo que era lícita y válida.

De cuanto queda dicho se desprende que los policías, en su función de policía judicial, dependen simultáneamente de jueces y fiscales y del ministro del Interior, del consejero autonómico o del alcalde. La regla teórica de separación de una y otra dependencia es clara: dependencia orgánica de la autoridad administrativa, política, y dependencia funcional de la autoridad judicial, de los jueces y fiscales. La condición funcionarial de los policías, su escalafón, su sueldo, sus vacaciones o sus otras actividades policiales dependen de la autoridad administrativa. En su actuación de investigación criminal dependen de los jueces y fiscales. Cuando un policía está realizando una investigación ordenada por un juez o fiscal, la ley prohíbe su remoción. El superior político o administrativo no pueden apartarle sin el consentimiento del juez o fiscal que le encomendó la investigación.

Se ha propuesto que la Policía Judicial dependa única y exclusivamente de jueces y fiscales, tanto funcionalmente como orgánicamente, y sin relación alguna con el Poder Ejecutivo, totalmente desgajada de la Policía gubernativa. Es una propuesta inviable. Requeriría una extensa plantilla policial inasumible. En Portugal existe un modelo similar a esa propuesta. Un cuerpo especial separado del cuerpo general de Policía, que solo está a las órdenes de jueces y fiscales, y no depende del Ministerio de Interior. Pero su gestión administrativa está encomendada al Ministerio de Justicia. No sale del Poder Ejecutivo en su dependencia práctica.

También se ha planteado que la Policía Judicial dependiera del órgano de gobierno de los jueces y tribunales, que es el Consejo General del Poder Judicial, que goza de independencia, y consecuentemente dispone de autonomía presupuestaria y administrativa. Esta pretendida dependencia lo sería de un órgano no jurisdiccional. Los jueces también tendrían mediatizada su disposición sobre la Policía, aunque no mediatizada por un órgano del Poder Ejecutivo, pero sí por un órgano externo a la jurisdicción. Por otra parte, esta dependencia del poder judicial excluiría de la disposición a los fiscales, ajenos a él, con lo que se rompería el esquema histórico de igualdad de jueces y fiscales en la disposición de la Policía Judicial y se dejaría solo al Ministerio Fiscal en situación de dependencia del Poder Ejecutivo, al supeditar a este su principal instrumento de investigación.

Así pues, la dependencia orgánica de la Policía respecto del Poder Judicial no parece que sea alcanzable. En la práctica, hoy, la plenitud de la dependencia funcional es posible únicamente mediante una cultura profesional de solidez democrática de los policías que, afortunadamente, hoy es mayoritaria.

Los testigos

Los testigos son, junto con la Policía, uno de los instrumentos de que dispone el fiscal para cumplir su función de intervenir en el proceso penal, generalmente formulando la acusación. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal española se define al testigo como la persona que conoce hechos, circunstancias o datos convenientes para la comprobación o averiguación del delito o del delincuente. Los hechos ha de haberlos percibido el testigo por sus propios sentidos, aunque también existen los testigos de referencia, que son los que solo saben lo que un tercero les ha dicho. Obviamente, los testigos tienen obligación de decir la verdad. La fórmula histórica era que el juez, al empezar el interrogatorio, conminaba solemnemente al testigo a decir "la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad". El Código Penal castiga con pena de cárcel al que falte a la verdad en su testimonio. Si a consecuencia del falso testimonio el acusado es condenado con pena de prisión, la pena para el falsario es mayor, pudiendo llegar a entre tres y seis años de cárcel. Pero la ley penal tiene una especie de guiño práctico para el testigo falso, primando la eficacia sobre la ética. Si después de haber acusado falsamente ante la Policía y en el juzgado, cuando llega al juicio oral dice la verdad confesando su falsedad, queda totalmente exento de pena.

Lato sensu, como queda dicho, podríamos hablar de testigos refiriéndonos a todas las personas que vierten sus conocimientos de hechos, datos o criterios relevantes para los objetivos del proceso penal, ante las autoridades o instituciones que participan en dicho proceso. Este sentido extenso del concepto incluiría a testigos y peritos. Se referiría tanto a quien tienen una relación con los hechos del proceso penal nacida a raíz de su ocurrencia, como es la víctima, o el espectador ocasional, en todo caso perceptor de los hechos malgré lui, como a quienes, por una u otra razón, tenían una vinculación previa con las circunstancias en que el hecho delictivo habría de perpetrarse, como son los policías, los peritos forenses, los confidentes o los coimputados

delatores. Solamente existe dispensa legal a esta obligación de declarar como testigo para los parientes próximos, para los abogados, los eclesiásticos y "ministros de los cultos disidentes" (esta expresión permanece hoy en nuestra ley, y no ha cambiado desde la ley original, de 1882, promulgada durante la vigencia de la Constitución de1876, según la cual "la religión Católica, Apostólica y Romana es la del Estado"). También están dispensados de la obligación de declarar los funcionarios obligados al secreto o la obediencia, sin permiso de sus superiores. Los testigos, por otra parte, no están obligados a declarar "a cerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante ya a la persona, ya a la fortuna" de los parientes próximos previstos en la ley. "Se exceptúa (de este privilegio parental) el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública, o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor". (Esta última referencia, de tan anacrónico adjetivo sacralizante, tiene el mismo origen que la antes comentada, e igualmente no ha sido modificada en pleno siglo XXI).

No deja de producir extrañeza que la ley no contenga ninguna disposición en virtud de la cual el testigo tenga derecho a no declarar cuando su declaración pueda perjudicarle a él mismo, en su persona o fortuna, del mismo modo que lo hace para sus parientes próximos. Solamente existe la limitación de que no está obligado a declarar en cuanto ello lo incrimine. Es decir, le cabe la tutela procesal, pero no la material. Esta insuficiencia, sumada a la obligación de veracidad, parece obligar al testigo a una cierta suerte de heroísmo procesal… o al falso testimonio.

El origen del conocimiento de lo que deba declarar puede ser tanto directo como indirecto, de referencia. Debe proceder de una percepción sensorial personal, y no de conocimientos científicos o prácticos, porque en este caso el conocedor no sería testigo sino perito. Esta distinción no siempre es radical, y se ha acuñado la figura del testigo-perito, referida a determinados profesionales que realizan una percepción sensorial directa de la escena del delito y vierten sobre tal observación sus conocimientos científicos. Tal es el caso del médico forense, o del experto en balística o explosivos, etc. Pero esta disquisición es casi irrelevante desde la perspectiva que ahora nos interesa, porque estos peritos, como aquellos testigos,

están obligados a declarar. La función pericial también es obligatoria. “Nadie podrá negarse —dice nuestra ley procesal— a acudir al llamamiento del juez para prestar un servicio pericial”. Así pues, los peritos, los peritos-testigos o los testigos son personas susceptibles de amenazas y, por lo tanto, de asumir o sufrir situaciones de peligro a causa de su actividad inevitable, por ser obligatoria, en el proceso penal.

Los testigos y peritos pueden ser llamados a declarar y tienen obligación de comparecer y decir lo que sepan y les sea preguntado por la policía, por los fiscales, los jueces de instrucción y, finalmente, para declarar en el juicio oral ante el magistrado, el tribunal o el jurado. Todas estas comparecencias, una tras otra. Como los procesos penales son contradictorios, por mandato constitucional, los testigos, ante el juez o tribunal, están obligados a contestar no solo a las preguntas del fiscal, sino también a las de las acusaciones particulares y las de los defensores, los cuales con frecuencia pretenden sembrar dudas sobre la objetividad, credibilidad y veracidad del testigo propuesto por la parte contraria en el proceso. Todo ello significa, desde luego, una verdadera molestia para el ciudadano, perturbado repetidamente con las preguntas de los defensores, con sucesivas comparecencias, con tiempos perdidos, esperas y repeticiones. Normalmente esta carga de participación cívica obligatoria en la Administración de Justicia no tiene otras connotaciones de dificultad o molestia.

El testigo-víctima

En ocasiones excepcionales hay otros inconvenientes que significan una grave preocupación para el que está obligado a declarar contra el delincuente porque tuvo la mala suerte de haber visto o conocido los hechos delictivos, o peor aún para él o ella, porque ha sufrido personalmente esos hechos. Es, simultáneamente, testigo y víctima.

El testigo-víctima, con mucha frecuencia, sufre la agresión del delincuente en soledad, sin otros testigos, sin cámaras que lo registren, sin que nadie oiga nada y, por lo tanto, sin que haya otro modo de prueba del delito. En esos casos, y en otros parecidos, se plantea el problema de la credibilidad de ese testigo, porque la policía, el fiscal y el juez se encuentran ante una contradicción de versiones de los hechos, la palabra del testigo-víctima contra la palabra del agresor.

Las víctimas de los delitos son los testigos más inmediatos de la realización del hecho que se investiga o se juzga. Han percibido el delito no solo con sus propios sentidos, sino, además, con su propio cuerpo. Este testigo, en ocasiones, puede sentir miedo, temor, presión psicológica grave que le dificultaría su declaración espontánea, libre y total. Esto constituye, en primer lugar, un problema personal generado por el sistema procesal. Se denomina segunda victimización. Y en segundo lugar constituye una dificultad para el fiscal al dificultarle o privarle de la prueba principal en la acusación de los delitos contra la vida, la integridad física o contra la libertad sexual.

Un instrumento para neutralizar esa segunda victimización es evitar la confrontación visual mediante la colocación de un biombo o el uso de videoconferencia. Al evitar la confrontación visual, la víctima conserva o recupera una cierta tranquilidad psicológica. Con el biombo se evita que el acusado vea al testigo y pueda reconocerle después para vengarse por su testimonio acusador. Así se añade una cautela de seguridad. Pero esto solo resuelve el

problema en parte. La víctima testigo ha de permanecer a la vista de los abogados defensores, y esto no puede tranquilizar a la víctima, que razonablemente ha de suponer que el acusado agresor, cuya venganza teme, conocerá, antes o después, lo que conoció el defensor. Además, la evitación de la confrontación visual, en los casos en que el agresor conoce ya a la víctima o cuando ha declarado por videoconferencia, puede proporcionar un cierto sosiego psicológico durante la declaración del testigo, pero no le proporcionará ninguna seguridad complementaria.

Cuando el testigo es víctima de un robo nadie duda, normalmente, de su veracidad. Sin embargo, cuando la víctima lo es de una agresión sexual aparece el problema de la credibilidad. Esta es la razón de buena parte de la cifra negra de los delitos sexuales (se llama cifra negra a la correspondiente a los delitos efectivamente sufridos pero no denunciados, y que por lo tanto no constan en las estadísticas de criminalidad ni de víctimas). La víctima sufre una doble victimización porque, tras haber soportado la agresión criminal, se ven obligadas a declarar ante unos funcionarios que, hasta hace poco, solían mirarla con sospecha, tenerla por posiblemente mentirosa o por posiblemente consentidora, y declarar en esas condiciones implica un modo de agresión psicológica. Las raíces de la cultura machista son muy profundas y todavía hoy no están definitivamente extirpadas.

Un ejemplo de lo que acabamos de señalar: Nevenka Fernández era concejal de Ponferrada en 2002 y decidió poner fin a una relación personal que mantenía con el alcalde. Este, contrariado, pretendía recuperar la relación valiéndose de la autoridad que tenía sobre ella y sobre su actividad laboral y política. Para ello usó toda clase de presiones psicológicas y físicas, de tocamientos, acosos y exigencias. Ella lo denunció y se llegó a un juicio oral. La popularidad política del alcalde dividió a la opinión pública de Ponferrada, y llegando el caso a los medios nacionales, se convirtió en noticia en toda España, con similar división de pareceres. Para muchos la mujer era la culpable. Y no solo eso. El tribunal se dividió. Aunque dos de los tres magistrados le condenaron con una leve pena de multa e inhabilitación, el tercer magistrado formuló un voto particular en el que pretendía la absolución porque, según él, los hechos no habían pasado de “pequeños acercamientos o contactos físicos” que

calificaba de “simple galanteo o requerimiento de amores”. El alcalde condenado sufrió una pequeña pena, pero la víctima sufrió mayor castigo porque se vio obligada a irse de la ciudad. Además, se vio obligada a sufrir una victimización complementaria, injusta y que llena de bochorno a los fiscales: en el juicio el fiscal, que era la primera autoridad de la Fiscalía en aquella comunidad autónoma, fue tan severo, ofensivo, gritón y agresivo con la testigo-víctima que la Inspección de la Fiscalía General abrió expediente y fue cesado en su alto cargo. Es un ejemplo del problema de la credibilidad de determinadas víctimas-testigo en relación con determinados delitos. Pero, obviamente, la actitud y actuación del fiscal no es un buen ejemplo de para qué sirven los fiscales.

Otro ejemplo: en 2017, en Aranda de Duero, tres jugadores de fútbol del club local violaron a una menor, de quince años, y se repitió la propagación de la noticia y el rechazo generalizado de los hechos en toda España. Sin embargo, como los agresores eran muy célebres en la ciudad por su protagonismo deportivo, la opinión pública local no fue tan unánime. Hubo diferencias de opinión e injustas críticas y descalificaciones para la víctima. Al parecer no está todo resuelto en el problema histórico de la igualdad y la credibilidad de la mujer víctima. No debería ser un problema que sea igualmente creíble una mujer si denuncia haber sido víctima de un robo que si denuncia que ha sido víctima de una agresión sexual.

Frente a estos ejemplos es necesario destacar otro en el que parece percibirse un cambio cualitativo en la sensibilidad social respecto a la credibilidad de las testigos-víctimas. El 7 de julio de 2016 un grupo de cinco hombres que se autodenominaban “la manada”, humillaron y violaron a una muchacha en Pamplona, y captaron con sus móviles imágenes horrorosas para presumir con ellas. La sensibilidad respecto las agresiones sexuales había cambiado sustancialmente desde 2002. Los jueces y fiscales, muy mayoritariamente, habían modificado sus pautas de credibilidad. La opinión pública reaccionó con grandes manifestaciones en las que se oyó una voz unánime: “Yo sí te creo”. Difícilmente se puede plasmar con más claridad y concisión el cambio social cualitativo en relación con la credibilidad de las víctimas de agresiones sexuales que han de declarar como testigos de los delitos que han sufrido.

La dificultad que sufren los testigos o las testigos-víctimas, por las dudas sobre su credibilidad, por los temores ante la reacción social, por el miedo a la reacción del acusado o por su entorno de amigos o parientes, es una dificultad añadida para el fiscal que necesite servirse de ese testimonio. Esta dificultad es superlativa cuando se trata de los asuntos en que los hechos investigados podemos catalogarlos como de criminalidad e investigación compleja, en los cuales el testigo sufre molestias mucho más graves que los simples inconvenientes y tiempos perdidos que acabamos de describir, e incluso más graves que las que sufren las víctimas-testigos. Merece la pena dedicar a estos supuestos más graves una detenida atención.

Los testigos protegidos

Veamos, en primer lugar, a quién se debe proteger. Son personas que por diversas razones realizan actividades consistentes en aportar personalmente a las instituciones encargadas de la persecución de los delitos los datos o informaciones tendentes a la satisfacción de los objetivos legales del proceso penal, y que por ello se hallan en situación de riesgo de sufrir graves represalias y pueden requerir la pertinente protección.

El común denominador de los siguientes supuestos es, por lo tanto, el peligro resultante de sus respectivas actividades ante la administración de justicia.

En los procesos de criminalidad e investigación compleja las molestias no proceden de lo especialmente enrevesado de sus trámites, porque esas molestias no han de desembocar, indefectiblemente, en riesgo grave para los testigos. Descartaremos, así, los complicadísimos procesos llamados de cuello blanco, en los que el posible riesgo para algún testigo o perito sería exclusivamente patrimonial, aunque a veces de extrema severidad. Por el contrario, deberemos incluir otros tipos de delitos de compleja persecución. Los delitos de terrorismo, los perpetrados por grandes organizaciones criminales, en relación con el tráfico de estupefacientes o con el tráfico de seres humanos, y en particular cuando este tráfico es para la prostitución. En esta clase de delitos los testigos o víctimas, y sus allegados, se arriesgan a sufrir lesión física o psicológica grave procedente de quienes se sientan afectados negativamente por sus declaraciones futuras o pretéritas.

Por eso, en esos tipos de delitos, a los poderes del Estado les corresponde el diseño, instrumentación y aplicación de buenas prácticas de protección de testigos. El diseño fundamental, en un Estado de derecho, democrático, corresponderá al Poder Legislativo, y estará definido en las leyes. La protección al testigo, como necesidad y como obligación del propio sistema penal, se suele

efectuar configurando una pragmática ecuación de do ut des, en ocasiones más operativa que ética.

En nuestro Código Penal se da una circunstancia peculiar. Más que proteger al testigo en peligro se protege su testimonio incentivando su realización más que amparando al que lo realiza. Así, se premia al que facilita la averiguación del delito y la identificación y captura de los autores. Es el supuesto, entre otros, del autor del delito de rebelión, delator de los partícipes, exento de responsabilidad criminal por causa del superior interés legal en abortar la rebelión. Recordemos al traficante de drogas o al terrorista, que desisten y delatan, beneficiarios de penas atenuadas. Todos ellos, como otros muchos delincuentes contra la Hacienda pública, el patrimonio, etc., son alcanzados por la benevolencia del legislador, por razones obvias de política criminal. Pero los que se han indicado antes, además, se enfrentan a organizaciones con acreditada capacidad de reacción violenta. En consecuencia, son delatores, informadores, testigos beneficiarios del derecho penal premial y tributarios de peligros consecuentes, que requieren protección institucional.

La instrumentación material de la protección al testigo en peligro corresponderá al Poder Ejecutivo, no solo facilitando los medios operativos, los instrumentos necesarios para el posible cumplimiento de las previsiones legales, sino, además, garantizando democráticamente la lealtad institucional, la transparencia y la efectividad en el respeto a las reglas del proceso, incluidas las que velan por la seguridad de los testigos y víctimas. La aplicación de las reglas que contengan las buenas prácticas de protección de víctimas y testigos ha de corresponder, en última instancia y en lo fundamental, al Poder Judicial, independiente, garante imparcial de las reglas de igualdad de armas en el proceso. Estos son los poderes del Estado a quienes compete, según sus respectivas atribuciones, la protección de las víctimas y testigos.

Corresponde, ahora, observar las características y circunstancias de esta protección, es decir, determinar a quién se protege y se debe proteger, y cómo se protege y se debería proteger a este instrumento esencial de la actividad del fiscal y de la realización práctica de la justicia.

En las novelas o en las películas policiacas el testigo protegido

recibe una nueva documentación, nuevo pasaporte, nueva identidad, hasta nueva cara con cirugía estética, nuevo trabajo, nuevo lugar de residencia. Todo nuevo para que no pueda ser encontrado por los que pretenden vengarse por su declaración. La realidad en España no es esa. Aquí la protección de testigos es insuficiente. Como se ha comentado antes, será inútil ocultar su nombre o su identidad y datos personales a un agresor que los conocía desde antes de la agresión en muchos casos, e incluso se había servido de ese conocimiento para perpetrar la agresión. Y también ha de parecerle al testigo que la protección es inútil o insuficiente porque los abogados, en el juicio, tienen derecho a conocer la identidad del testigo, salvo supuestos muy excepcionales. Es razonable que el testigo tema que el agresor acabe sabiendo lo que sabe su abogado. Por todo ello es dudoso que se alcance el propósito de la ley, que es amparar eficazmente a las personas a las que se exige que realicen una actividad peligrosa, y vencer la consecuente resistencia de los ciudadanos a colaborar con la justicia declarando y colocándose en una indeseada situación de desprotección.

Otro de los modos de protección previstos en la ley es el del cambio de identificación documental o de domicilio. Pero esta protección extraordinaria está prevista para supuestos de terrorismo o delincuencia organizada. Sin embargo, no está previsto para otras víctimas que tienen que declarar sobre la agresión personal que sufrieron.

La ley dice que “las garantías arbitradas a favor de los testigos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal”. No cabe mayor claridad en el reconocimiento de que la justicia penal, el sistema penal, es, por sus propios principios, victimizante, y no proporciona una plena protección a las víctimas frente a un peligro producido por el mismo sistema que obliga a declarar.

Infiltrados, espías, confidentes

y arrepentidos

Pero todavía hay más personas que deben colaborar con la Administración de Justicia, latu sensu, proporcionando información a las pertinentes instituciones del Estado conducente a la averiguación de los hechos y la identificación de los autores, con grave riesgo para la integridad física o psicológica suya o de sus próximos.

Debe tenerse presente que aquella actividad institucional del Estado comienza antes del proceso penal, siendo este, con harta frecuencia, la consecuencia formal de una prolongada y a veces esforzada actividad preprocesal anterior, generalmente desempeñada por la Policía Judicial. En esta actividad precedente se produce una acumulación de informaciones de datos y circunstancias que, en su caso, conducen a la averiguación e identificación deseadas. Estos datos o circunstancias son suministrados, a veces, por informadores vinculados regularmente con las instituciones del Estado o confidentes ajenos a dichas instituciones, relacionados de manera informal o irregular con aquellas. Los datos proporcionados por unos y otros no constituyen prueba procesal, sino simple fuente de información. Generalmente no afloran en el proceso, pues suele ser de interés policial preservar el anonimato de sus informadores, por las razones que después se comentarán, pero que están en la mente de todos. La declaración formal en el proceso corre a cargo, a lo sumo, de los propios policías, cuyas manifestaciones orales ante la autoridad judicial y en el curso del proceso penal, en España, tienen carácter de simple testimonio. Aquellos informadores, sin embargo, también arriesgan su vida, integridad física o intereses, igual que los testigos del proceso, o incluso más, en algunas ocasiones.

Como se acaba de señalar, estas fuentes de información preprocesal pueden ser institucionales, con vinculación regular con el Estado, o

informales. En el primero de ambos supuestos existe un sinfín de categorías que abarca desde el llamado agente infiltrado, hasta el espía oficial.

El agente infiltrado realiza una actividad policial clásica. Es una figura de agente de la autoridad, perteneciente a los cuerpos policiales, que finge ante los delincuentes organizados ser uno más de entre ellos, para obtener información de sus actividades conducente a su neutralización y detención.

La Unión Europea no había establecido criterios comunes para los Estados miembro hasta el Convenio de asistencia judicial en materia penal hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000. En la Declaración de aplicación provisional de este convenio, incorporada al derecho interno español el 15 de octubre de 2003, se establece que los Estados podrán convenir en colaborar para la realización de investigaciones de actividades delictivas por parte de agentes que actúen infiltrados o con una identidad falsa (investigaciones encubiertas).

En España esta figura se desenvolvió en las penumbras del vacío legal y la tolerancia pasiva de los jueces y fiscales, y no fue objeto de precisión y disciplina legal hasta una reforma de la ley de 13 de enero de 1999. Hoy se prevé para “cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada”. En tal caso, “el juez de instrucción competente, o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediatamente al juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada, y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, y a diferir la incautación de los mismos”. “La información que vaya obteniendo el agente encubierto —dice más adelante la previsión legal— deberá ser puesta a la mayor brevedad posible en conocimiento de quien autorizó la investigación”. “El agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma, y no constituyan una provocación al delito”. Esta arriesgada actividad, sin embargo, no les excluye de su

condición procesal de testigos, si bien les otorga una protección procesal: los funcionarios de Policía que hubieran actuado en una investigación con una identidad falsa "podrán mantener dicha identidad cuando testifiquen en el proceso que pudiera derivarse de los hechos en que hubieran intervenido, y siempre que se acuerde así en resolución judicial motivada, "siéndoles además de aplicación lo previsto en la ley de protección de testigos". Debe retenerse esta última precisión, que ratifica la condición procesal de testigos ordinarios que corresponde a los policías, y que, lejos de significar una protección suplementaria, implica, como luego se verá, una merma preocupante en su seguridad.

No podemos dejar de hacer una referencia al que antes hemos denominado, para mayor simplificación y brevedad, el espía oficial.

Esta función pública, tan poco pública, no ha estado suficientemente regulada en España hasta una ley de 2002. La Exposición de Motivos que precede al texto articulado de esa ley denuncia con claridad que la regulación existente hasta ese momento, veinticuatro años después de la Constitución democrática de 1978, "estaba contenida en una pluralidad de disposiciones, ninguna de ellas con rango legal". Tan delicada y trascendental función del Estado estaba, hasta ese momento, regulada de forma que no era ni unitaria ni sistemática, de modo que la función carecía de control parlamentario y judicial, según decía la referida Exposición de Motivos.

La actual regulación, en cuanto a lo que ahora nos interesa, no deja de ser jurídicamente insatisfactoria. El control jurisdiccional de estos funcionarios que acceden al conocimiento de datos y hechos de posible relevancia penal es manifiesta y explícitamente insuficiente. La ley les concede la posibilidad, desde luego razonable, de servirse de medios y realizar actividades "bajo cobertura", lo que parece ser algo similar al modo de actuar de los agentes encubiertos, es decir, bajo la necesaria ocultación o ficción de personalidad. No se les considera legalmente agentes de la autoridad, salvo en actividades de protección del Centro Nacional de Inteligencia. Pero tienen derecho a portar armas y pueden llevar a cabo investigaciones de seguridad sobre personas o entidades. Estas investigaciones, en algunos casos, pueden generar

informaciones sobre hechos delictivos, incluso sobre algunos de especial gravedad para la seguridad del Estado o para determinadas personas o autoridades importantes. Cuando en su actuación precisen lesionar el derecho a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, deberán recabar la autorización judicial previa, que será concedida, motivadamente, por un magistrado del Tribunal Supremo, designado previamente de conformidad con lo previsto en la ley. El control ejercido por este magistrado podemos calificarlo, a lo sumo, como relativo. La ley establece, como única garantía, que el magistrado asegurará la reserva "de sus actuaciones", es decir, las relativas a su resolución motivada y sus antecedentes, de modo que no le corresponde disponer de lo actuado tras su autorización por el funcionario actuante a raíz de tal autorización motivada. El control de los hallazgos derivados de las intervenciones telefónicas o los allanamientos de domicilio autorizados judicialmente corresponde solamente, según la ley, a la autoridad o jefe administrativo del funcionario actuante, o sea, el jefe de los espías, autoridad que, bajo su exclusiva responsabilidad, determinará el material que, por su utilidad, debe conservarse, y el que, por el contrario, debe destruirse, sin que exista previsión legal alguna de supervisión judicial, a diferencia de la regla general que residencia exclusivamente en el juez de instrucción esta función, como único garante constitucional del derecho a la intimidad de las personas titulares de los datos contenidos en el material intervenido.

Aquellas personas que, en aras de la brevedad hemos denominado, con consciente impropiedad, los espías oficiales, se distinguen de los agentes infiltrados en que legalmente es más que probable que nunca lleguen a hallarse en situación procesal de ser testigos, y por ello encontrarse en situaciones de riesgo merecedoras de protección. Sin embargo, esta posibilidad, improbable, no es imposible, y por esta razón hemos creído oportuna su inclusión en este amplio catálogo de personas que, con el carácter general de testigos, pueden necesitar la protección ante posibles riesgos derivados de aquella condición procesal. Aunque, ciertamente, también debe señalarse que las necesidades objetivas de protección serán distintas, e inferiores, si la situación de riesgo está previamente asumida profesionalmente disponiendo de medios idóneos y proporcionales de autoprotección.

También tienen carácter de testimonio las declaraciones de los acusados que comparten la condición de tales, en cuanto se refieran a datos, hechos o circunstancias que no afectan al declarante, sino a los demás acusados. Sin embargo, tal carácter de testimonio es de problemática aceptación si se tiene presente que el acusado tiene derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y, consecuentemente, no tiene la obligación de veracidad, que es la base de la credibilidad de los testigos propiamente dichos. Esta exclusión de la exigencia de veracidad, aunque solo sea en cuanto a él se refiere, tiñe con la sombra de la sospecha de mendacidad a toda su declaración sobre los hechos delictivos, incluso los que se refieren al coimputado delatado.

La declaración del coimputado puede significar una información y una fuente de prueba de primera magnitud, pero, razonablemente, está cargada de sospechas de mendacidad. “La posibilidad de que ese testimonio esté filtrado por el interés en una rebaja de pena advierte de la necesidad de reforzar la suficiencia de los elementos de cargo ofrecidos por la acusación pública”. Esta es la explícita posición de sospecha del Tribunal Supremo español, ratificando su histórica suspicacia frente al delator, siempre tenido por desleal por animadversión, afán de exculpación o cálculo de ventajas de benevolencia judicial posibles o imaginarias.

Según el Tribunal Constitucional español la delación del coimputado es legítima desde la perspectiva constitucional, pero no es suficiente. Para que la declaración acusatoria de un coimputado llegue a alcanzar una mínima presunción de veracidad, una mínima credibilidad, es necesario que su afirmación sea corroborada mínimamente con algún dato, avalada por hechos, datos o circunstancias externos, valorados por el tribunal. Y no tiene fuerza mínima para la corroboración la simple coincidencia de dos o más coimputados en su acusación a otro coimputado, porque no es infrecuente que entre varios partícipes en un delito se pongan de acuerdo todos ellos o parte de ellos, en que uno “se coma el marrón”. Asimismo, la retractación del coimputado, que declaró acusatoriamente contra su colega en la instrucción judicial, o en las previas actuaciones policiales, puede, no obstante, permitir la valoración judicial, positiva o no, de estas previas declaraciones. Véase una muestra más de la profunda, y razonablemente

justificada, desconfianza judicial ante el coimputado delator. Estos peculiares y poco fiables testigos, no obstante, también pueden colocarse en situación de riesgo grave a causa de sus declaraciones acusatorias. Su convivencia en prisión con quienes han sufrido, o prevén que sufrirán, perjuicios por el testimonio del coimputado, significa un riesgo posiblemente superior al del testigo en libertad. Y este riesgo no se resuelve totalmente con el traslado a otra prisión del preso amenazado, porque es sabido que en el submundo carcelario no son extrañas las agresiones por encargo.

No puede dejarse de hacer una referencia a una de las figuras más emblemáticas de testigos coimputados, portadores de riesgos gravísimos de represalias: los pentiti italianos, mafiosos delatores, informadores, sometidos a amenazas de venganzas severísimas y de acreditada eficacia. El debate italiano sobre la utilidad, eficiencia, credibilidad y constitucionalidad de esta fuente de información es amplísimo.

El origen de esta legislación premial, en Italia, se sitúa en los años setenta del siglo pasado, en el contexto del auge de la actividad terrorista de múltiples grupos, aunque sobre todo de las Brigadas Rojas. Posibilitó en su momento gran número de procesos y condenas y un cierto ocaso de la delincuencia terrorista. Fue inicialmente muy generosa, permitiendo en ocasiones no solo una mera reducción de la pena, variable en entidad según la importancia de la colaboración, sino incluso una remisión total. Era una legislación excepcional (de emergenza) en materia de terrorismo; como novedad introducía medidas premiales ligadas a la simple disociación, sin exigencia de colaboración, la llamada dissoziacione silenziosa. Las medidas para los pentiti se extendieron después a la delincuencia mafiosa y el crimen organizado en general.

El magistrado del Ministerio Público, Giovanni Falcone, siciliano y fiscal en su propia isla, realizó una utilización histórica de los pentiti. Uno de ellos, “el rey de los dos mundos”, Tommaso Buscetta, le había advertido: “Usted acaba de abrir una cuenta con la Cosa Nostra que solo se cerrará con su muerte”. No era un augurio premonitorio. Era un aviso cierto. El 23 de mayo de 1992, la explosión de mil kilos de dinamita en la autopista de Messina a

Palermo acabó con la vida de Falcone, su mujer y cuatro policías. Esta trágica muerte evidencia el riesgo que allí acompaña a los eventuales testigos ordinarios, generalmente menos amparados que el juez especializado, casi inermes ante un enemigo casi omnisciente, ubicuo, implacable y feroz.

El sistema de los arrepentidos fue eficaz, pero ha sido criticado por sus riesgos, porque los declarantes que eran, a fin de cuentas, coimputados interesados escasamente creíbles, y por la discutible constitucionalidad del modo de obtener sus confesiones y validez de sus informaciones.

Para proteger el sistema penal de estos riesgos, en Italia se ha elevado la pena correspondiente al delito de calumnia en aquellos casos en que el culpable cometió el delito con el propósito de hacerse acreedor de los beneficios de la legislación de recompensa. Además, se ha introducido la posibilidad de revisar la condena en contra del condenado cuando la atenuante de colaboración se aplicó como consecuencia de declaraciones falsas o incluso ambiguas. La revisión se hace a petición del fiscal que es quien ha sufrido, procesalmente, el engaño.

El tratamiento a los delatores y coimputados en los demás países europeos plantea similares problemas. Es común denominador en todos ellos la dialéctica entre la voluntad legislativa de incentivar la delación y la desconfianza respecto de la credibilidad de este medio de información, y posible fuente de prueba.

Una protección interesada

Si hasta ahora se ha pretendido indicar quiénes son las personas cuya protección es necesaria, para evitarles las amenazas o represalias que pudieran sufrir a causa de su cooperación personal con los fines del proceso penal, ahora corresponde señalar cuáles son las formas de procurarles esa protección. Por razón de método, se señalarán, en primer lugar, las líneas básicas de las disposiciones de carácter supranacional, que constituyen, sin duda, las coordenadas en que se deben encuadrar las buenas prácticas deseables, cuya implementación corresponde a los estados democráticos.

La Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció la obligación, para los Estados, de proteger la intimidad de las víctimas de delitos de lesa humanidad contra injerencias ilegítimas, según proceda, y protegerlas de los actos de intimidación y represalia, así como a sus familiares y testigos, antes, durante y después del procedimiento judicial, administrativo o de otro tipo que afecte a los intereses de las víctimas, así como facilitarles la asistencia apropiada. Coherente con estos principios, establece que los Estados deberán adoptar medidas para minimizar los inconvenientes a las víctimas y sus representantes, proteger su intimidad y facilitarles el acceso equitativo y efectivo a la justicia, con independencia de quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación.

La Unión Europea también ha atendido este problema en relación con delitos de especial complejidad que pueden comportar graves peligros para víctimas y otros testigos, como son los de trata de seres humanos, y especialmente los referidos al tráfico destinado a la prostitución. El Convenio del Consejo de Europa n.º 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, hecho en Varsovia el 16 de Mayo de 2005, fue ratificado por España el 10 de septiembre de 2009. En él se establece que cada Estado adoptará las medidas

legislativas u otras medidas que sean necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no se supedite a su voluntad de testificar.

Es inevitable señalar que esta razonable cautela de no supeditar la protección a la cooperación no parece que se compadezca plenamente con las medidas de protección españolas, parcialmente vinculadas a la perspectiva de futura colaboración.

Nuestra legislación establece que

el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Y por si la priorización de los intereses del proceso, a los que se supedita la protección, no fuera suficientemente clara, el precepto antes señalado dice más adelante lo siguiente:

Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente para que valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas

de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

Deberá convenirse en que el fiscal no tiene la plena disponibilidad sobre un medio de prueba que puede ser esencial en su actuación. Solo puede informar a la autoridad gubernativa lo que le interesa, y esta autoridad valorará lo que crea conveniente. Puede oír al fiscal y a continuación expulsar al testigo extranjero. Y, sobre todo, el fiscal difícilmente dispondrá de testigos si hace falta que el extranjero dé la cara en un juicio para poder conseguir un trato favorable de la autoridad gubernativa que no es seguro, que es discrecional. Ese extranjero-víctima priorizará seguramente conservar su trabajo, y razonablemente preverá que delatando al patrón ni este ni ningún otro del lugar o de la actividad laboral le ha de dar trabajo. No parece que sea un sistema ni muy eficaz ni muy humanitario.

El Convenio de Varsovia también establece que cada Estado adoptará las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para garantizar y para ofrecer diversas clases de protección. Esta podrá comprender la protección física, la asignación de un nuevo lugar de residencia, el cambio de identidad y la ayuda para la obtención de empleo. Cada Estado adoptará las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar, si es preciso, una protección apropiada contra las posibles represalias o intimidaciones, en particular durante y después de las investigaciones y actuaciones penales.

Vistas estas pautas supranacionales, procede ahora ofrecer la perspectiva española, tanto legislativa como jurisprudencial, para concluir con algunas consideraciones.

La norma fundamental de protección de testigos en España es la Ley Orgánica 19/1994. Nada mejor que transcribir ampliamente el texto de su Exposición de Motivos, en que la propia ley señala los objetivos que guían su promulgación y la estrechez del marco constitucional en que debe desenvolverse.

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la Policía Judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias. Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos. Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia. De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Sin embargo, inmediatamente aparece el problema básico que genera la discutible eficacia tutelar que la ley pretende.

Es obvio —sigue diciendo la Exposición de Motivos— que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado. es decir. no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que la presente Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.

A instancia del fiscal, del testigo-víctima o por propia decisión, el juez instructor podrá adoptar las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, y todo ello sin perjuicio del derecho a interrogar que asiste a la defensa del procesado. Entre las medidas que el juez puede adoptar están las siguientes: que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión ni cualquier otro dato que pudiera servir para la

identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para esta un número o cualquier otra clave; que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal; que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.

Además la ley establece que los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuiden de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniere esta prohibición.

A instancia del Ministerio Fiscal y para todo el proceso, o si una vez finalizado este, se mantuviera la circunstancia de peligro grave, se brindará a los testigos y peritos, en su caso, protección policial. En casos excepcionales podrán facilitárseles documentos de una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.

Si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el juez o tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta ley.

En cuanto a las medidas extraordinarias de protección después del juicio, no hay constancia de la existencia de recursos materiales específicos para que tan bienintencionadas previsiones legislativas puedan transformarse en realidad operativa. No consta que exista una memoria económica acompañando a la ley ni la previsión de otros recursos adicionales de equipos humanos adecuados ni previsiones de lugares o trabajos reservados, etc. Parece más una declaración de la índole de aquella que contenía el artículo 6 de la Constitución Española de 1812 cuando imponía a los españoles la grandilocuente obligación de ser “justos y benéficos”.

Nos hallamos, pues, ante el núcleo de la cuestión, que es el derecho irrenunciable a la contradicción en el proceso penal. Las partes en el proceso, para ejercer efectivamente el derecho a la contradicción, deben estar en condiciones de conocer, si creen precisarlo, la identidad del testigo cuya declaración les incrimina, para trasladar al tribunal cualquier dato que pueda generar en él dudas sobre la credibilidad del testimonio.

La protección máxima que puede otorgar un Estado de derecho a los ciudadanos, amparando los intereses de estos que, en técnica jurídico-penal se denominan bienes jurídicos protegidos, se efectúa mediante el Código Penal y el conjunto de normas procesales que regulan su efectiva aplicación.

Estas últimas, históricamente, en España, se reducían a la posibilidad de que el tribunal decidiera la celebración de alguna parte del juicio oral "a puerta cerrada", "cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia". Y cabe observar que la previsión tutelar del legislador histórico no alcanza a todos los testigos, estando limitada a la víctima y su familia. Los demás testigos, todas aquellas personas antes referidas como testigos lato sensu, no estarían amparadas por la cautela de la "puerta cerrada", salvo que una interpretación benévola y extensiva del precepto permitiera una aplicación generosa, que, lógicamente, comporta sistemáticas impugnaciones procedentes de los acusados, negativamente afectados por las declaraciones así vertidas.

El Código Penal español formula su protección punitiva tipificando como delito de obstrucción a la justicia el acto de influir directa o indirectamente, con violencia o intimidación, en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado procurador, perito, intérprete, o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal. Si alcanza su objetivo, obviamente, la pena es mayor. Estos tipos penales son indicativos de cuál es el objetivo prioritario de protección: el buen funcionamiento y resultado del proceso, la veracidad y credibilidad de las declaraciones, del testigo y de otros intervinientes en el proceso.

También se castiga penalmente a quien realice cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o

bienes, como represalia contra las personas citadas anteriormente, por su actuación en el procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos. En este caso el objeto de tutela penal prioritaria es la actuación procesal pretérita, determinante de la represalia. Así pues, el Código Penal, en estas previsiones punitivas, contiene una serie de tipos penales complejos, cuyo común denominador es, como reza el título del correspondiente Capítulo, la obstrucción a la justicia. Este es el objeto de protección específica, el llamado bien jurídico protegido.

Aquí, a diferencia de la ley procesal, solo se defiende al testigo o interviniente en el proceso. Las represalias sobre sus allegados no están tipificadas. Solo son punibles en cuanto constituyan otras infracciones penales.

Esta insuficiencia punitiva, y aquella insuficiencia procesal, implican una insuficiencia global de previsiones protectoras para los testigos con riesgo, sin perjuicio de previsiones protectoras específicas respecto de menores, incapaces y mujeres maltratadas.

Capítulo 3

FUNCIONES DE LOS FISCALES

Una vez descritos los elementos institucionales, individuales y colectivos que materializan lo que responde a la primera cuestión, la de qué o quiénes son los fiscales, y vistos los principales instrumentos auxiliares de que disponen, ahora es preciso responder a la segunda cuestión, la de qué hacen los fiscales, qué funciones legales les corresponden y cuáles desarrollan efectivamente. En esta efectividad está la respuesta a la gran pregunta que nos ocupa: la de para qué sirven los fiscales.

Para alcanzar los objetivos propios de una estructura jerárquica es necesario disponer de una organización articulada, con diversidad de elementos, con distinción de funciones, con engranajes de relación, de comunicación y dependencia. El Ministerio Fiscal, como estructura jerárquica, ha experimentado una amplísima transformación organizativa desde su primer Estatuto Orgánico de 1926. Es razonable, porque esta transformación se corresponde con la transformación que ha experimentado España en ese mismo periodo de casi un siglo. Hay que recordar que la población española de 1926 era de 22,5 millones de habitantes, y que la población activa agraria era el 45%. Hoy somos 47 millones de ciudadanos, mayoritariamente habitantes de ciudades o de grandes conurbaciones. Es indiscutible el abismal cambio que ha experimentado nuestro país, nuestro modo de vida, nuestra calidad de vida, nuestro comportamiento individual y colectivo, legal e ilegal. Esto ha determinado un constante y progresivo cambio e incremento de órganos judiciales y de fiscalías para cumplir su cometido de prestar el servicio público que la sociedad necesita.

Los cambios en la Fiscalía se han producido no solo cuantitativamente, sino también cualitativamente. En 1926 la función del fiscal era, casi exclusivamente, la de acusar en los procesos penales. Pero no era su única función. También le correspondía defender en pleitos civiles a los menores e incapaces si carecían de tutela o protección, intervenir en procesos administrativos en defensa del interés social, y vigilar las prisiones para asegurar un trato humanitario. Evidentemente estas funciones

ajenas a la justicia penal no eran prioritarias y para su ejercicio efectivo no se contaba con medios o personal suficiente. Eran nobles cometidos no suficientemente atendidos.

Una sociedad democrática del siglo XXI necesita y exige que esas funciones históricamente proclamadas y no siempre realizadas se desempeñen con efectividad, certeza y suficiencia. En la actualidad, la realización práctica de las funciones clásicas se ha perfeccionado y, además, se ha complementado con otras funciones relacionadas con nuevas necesidades y exigencias sociales.

Además de las funciones clásicas del fiscal en el proceso penal, que serán objeto de atención detallada inmediatamente, hay otras funciones que afectan a los ciudadanos en otros órdenes de su vida. Los fiscales deben intervenir en los procesos civiles cuando esté comprometido el interés social, o cuando pueda afectar a menores, incapaces u otras personas desvalidas mientras no se establezcan otros medios legales para su protección.

En relación con los menores de edad, los fiscales tienen no solo la función de protección antes señalada, sino también la función de ejercer las acciones penales cuando los menores realicen hechos descritos como delito en el Código Penal.

En el proceso penal

La intervención del fiscal en el proceso penal es la función más relevante de todas las que le están atribuidas. Abarca desde las investigaciones realizadas antes de que se inicie la actuación judicial hasta las que le corresponden después de que se dicte sentencia condenatoria, controlando el cumplimiento de la condena, y también alcanza otros ámbitos colaterales del proceso como es el de la atención a las víctimas.

La transparencia informativa

La reforma del Estatuto Orgánico realizada en 2007 pretendía, entre otros objetivos, acercar la Fiscalía a la sociedad civil. A los artífices de la reforma les pareció, con buen criterio, que esta aproximación exigía la superación de un oscurantismo histórico. La transparencia es, sin ninguna duda, una exigencia social en una sociedad democrática del siglo XXI. El derecho a la información tiene rango constitucional. Todas las administraciones públicas están obligadas a satisfacerlo en la medida en que sea compatible con los objetivos de su actuación. La Administración de Justicia, como servicio público, está abarcada por esa obligación, y la Fiscalía, por lo tanto, también.

El actual Estatuto Orgánico impone a las fiscalías la obligación de informar a la opinión pública sobre los asuntos relevantes, siempre en el ámbito de su competencia, con respeto al secreto del sumario y cumpliendo el deber de reserva y sigilo exigible a la función pública y a los derechos de los ciudadanos.

El cumplimiento de esta función genéricamente obligatoria es en la práctica potestativo y corresponde a los responsables de cada Fiscalía determinar cómo y en qué casos debe efectuarse la información. En todo caso, obviamente, es exigible la objetividad e imparcialidad. La noticia debe ser para todos los medios, lo cual genera en la práctica serios problemas dada la inmensa cantidad de medios de información televisivos, de radio, de prensa escrita y digital que existen. Lo que no cabe, en principio, es que la Fiscalía excluya unilateralmente, por prejuicios culturales, sociales, políticos o ideológicos, a determinados medios.

La generalización e igualdad en la información ofrecida por la Fiscalía cumple con el mandato legal de transparencia y satisface la autoexigencia ética y deontológica de la institución. Pero con frecuencia no satisface al receptor de la noticia, que es el medio, el periodista. El buen profesional de la información no es partidario de

las ruedas de prensa en las que todos los medios son convocados para recibir pasivamente la información oficial, burocratizando al profesional, desestimulándole en la búsqueda de la noticia exclusiva o sorprendente. La información facilitada en rueda de prensa, además, tampoco es satisfactoria porque las preguntas que, a continuación, formularían los periodistas tenderían, lógicamente, a rebasar los límites que establece la ley, como son el secreto del sumario, los derechos de los implicados y afectados, el derecho de defensa, etc. El buen profesional de la información es más partidario del viejo eslogan de "la noticia para el que la trabaja". Pero esta propensión hacia la osadía en la investigación periodística conduce a otro problema, el de las filtraciones. Frente al obligado hermetismo de las instituciones judiciales y de la Fiscalía, la osadía periodística procura encontrar espacios de porosidad. En casos excepcionales, esa arriesgada actividad periodística ha servido para superar una excesiva tendencia institucional hacia el hermetismo, la ocultación, produciendo un agridulce ensalzamiento de la irregularidad. Pensemos en el histórico caso del Watergate, o entre nosotros el de los papeles de Bárcenas o de Gürtel.

La práctica de las filtraciones es deontológicamente rechazable y, además, es delictiva. El problema es que en la práctica no es frecuente que se llegue a conocer al autor, que está en el interior de las estructuras que tienen relación con la información, en las fiscalías, juzgados o tribunales y policía, con sus autoridades y sus funcionarios subalternos. Además, el periodista receptor de la noticia filtrada irregularmente no puede ser obligado a revelar su fuente de información porque está amparado por el secreto profesional que, no lo olvidemos, está establecido expresamente en la Constitución.

Otro efecto negativo de la transparencia, que en términos constitucionales y procesales llamamos publicidad y derecho a la información, es el efecto de los juicios paralelos. Según el Tribunal Constitucional (TC) la extraordinaria importancia de la opinión pública en una sociedad democrática, en el ámbito de la Administración de Justicia, exige la cooperación de un público debidamente informado. Esta cooperación que promueve el TC solo puede ser efectiva si es activa, es decir, cuando la opinión pública manifiesta los diversos y hasta contrapuestos criterios y

valoraciones de la sociedad civil sobre el desarrollo del proceso, mientras este va transcurriendo. Eso son los juicios paralelos, extrajurídicos, diversos y hasta contrapuestos, y magnificados por la presión mediática de la inmensidad de los medios de comunicación existentes hoy.

En la sentencia que condenó a Messi, el TC decía que el juicio paralelo que había sufrido el futbolista, según su defensor, supuso una restricción de su derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia, pues se le había condenado por la opinión pública antes que recayera la sentencia condenatoria definitiva del Supremo. Los juicios paralelos mediáticos, según los altos tribunales, pueden interferir en los procesos, prejuzgando y perjudicando a la defensa, pero estos efectos negativos están contrapesados seriamente por el derecho de expresión e información y por el principio de publicidad, que son derechos y principios constitucionales irrenunciables. Por eso se puede decir que son problemáticos pero inevitables.

Instrucción e investigación

La instrucción en el proceso penal es el conjunto de actuaciones practicadas por un juez o bajo su dirección, encaminadas a preparar el juicio y realizadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando su presencia en el juicio, si es preciso mediante su prisión provisional. La instrucción también debe asegurar las responsabilidades económicas derivadas del delito, es decir, las indemnizaciones o reparaciones a las víctimas y a los perjudicados. En España, la intervención del fiscal durante la fase de la instrucción consiste en aportar al juez las pruebas de que disponga o pedirle las que precise para formular su acusación o, excepcionalmente, para oponerse cuando exista una acusación particular o popular que al fiscal le parezca carente de motivo.

El modelo de instrucción penal español es el napoleónico, que era el dominante en la Europa continental hasta después de la segunda guerra mundial. Consistía en atribuir al juez de instrucción el dominio total de la primera fase del proceso, en la que se reúnen las pruebas contra el investigado, que en España recibía el nombre de procesado. Las críticas al modelo francés fueron creciendo. Se consideraba que el modelo de juez instructor es ambiguo porque pierde la imparcialidad si, por una parte, debe garantizar la igualdad entre la acusación y la defensa y por otra busca las pruebas para que el fiscal acuse, e incluso, si lo estima procedente, ordena la prisión provisional del procesado o investigado. En términos deportivos se podría decir que no se puede ser a la vez árbitro y jugador.

La reforma procesal alemana de 1974 fue el primer efecto legislativo de esas críticas. Otorga el dominio de la instrucción al fiscal como medio para constituirse en único acusador. El juez queda liberado de su histórica y ambigua doble función de arbitrar

y perseguir y recupera en plenitud su función de árbitro del proceso y garante de los derechos del acusado. Solo el juez puede decidir sobre los derechos fundamentales de las personas investigadas, ordenando la prisión provisional, el registro domiciliario, la intervención de las comunicaciones, etc. El fiscal dispone de la facultad, tasada legalmente para ciertos casos, de negociar con el acusado y de proponer contra él medidas alternativas a la pena de prisión. Para completar el nuevo diseño del monopolio de la acción en el proceso penal en manos del fiscal, también se le atribuye la condición de autoridad principal en el control del cumplimiento de la pena.

La reforma alemana fue seguida por otras, como la portuguesa de 1987, o la italiana de 1988. En ambas se otorga al fiscal el monopolio de la instrucción y la acusación. La reforma legal italiana también concede al fiscal la facultad de proponer alternativas al juicio y la condena, en determinados supuestos de delitos y delincuentes, e igualmente corresponde al fiscal el protagonismo en la ejecución de la pena. También, como en Alemania, hay un juez al que corresponde, en exclusividad, decidir sobre la prisión provisional, al que llaman “juez de la libertad”. El control del cumplimiento de la pena lo efectúa un juez de vigilancia penitenciaria. Y el modelo portugués es similar. En él es característica la dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial respecto de la Fiscalía, desgajada por lo tanto del Ministerio de Interior, aunque gestionada administrativamente por el Ministerio de Justicia. El fiscal puede dar órdenes de investigación a la Policía y, además, delegarle determinadas funciones previstas legalmente.

En estos últimos treinta años, el debate sobre el fiscal instructor, al modo alemán, en España ha sido intenso, a veces acalorado y, a diferencia de otros países, nunca concluido. Los argumentos para aplazar sine die su adopción, o su explícito rechazo, son múltiples. En esquema son los siguientes: en primer lugar, un supuesto pecado original, por la desconfianza respecto de la imparcialidad de su cabeza, el fiscal general del Estado, por ser nombrado a propuesta del Gobierno; en segundo lugar, una pretendida tara profesional que atenaza, dicen, a los fiscales, por la ausencia de independencia personal de los fiscales subordinados al fiscal general, a causa de la

estructura jerárquica de la institución; y, en tercer lugar, una crónica y previsiblemente insuperable invalidez estructural, por la necesidad de reformas legislativas previas, procesales y orgánicas para hallar un modelo procesal de instrucción coherente. La insuficiencia de estructuras institucionales orgánicas adecuadas al nuevo modelo procesal y, sobre todo, la previsible pobreza crónica en la dotación de medios personales, que haría inviable una verdadera intervención efectiva de los fiscales en las instrucciones de los procesos, son obstáculos que se señalan en la práctica totalidad de los comentarios críticos.

La necesidad de que dispongamos de una nueva ley del proceso penal, a semejanza, aunque tardía, de las nuevas leyes alemana, italiana o portuguesa, ha cuajado en proyectos de ley. Uno del Gobierno de Rodríguez Zapatero y otro del Gobierno de Rajoy. No difieren demasiado ambos proyectos, pero, en lo que ahora nos interesa, debe destacarse que uno y otro proyecto coinciden en que el dominio de la instrucción debe corresponder al fiscal. Ambos proyectos duermen en el cajón del ministro de turno y no hay datos sobre una memoria económica complementaria. No se prevé ampliar la plantilla de fiscales y de personal auxiliar de modo significativo ni readaptar sus instalaciones. Más bien parece que las cosas seguirán como están por mucho tiempo.

Así pues, no cabe esperar reformas sustanciales en el modelo de proceso penal en España, que racionalicen su eficacia y aligeren su lentitud. Pero sí ha habido una reforma con la pretensión aparente de imprimir celeridad al proceso penal, cuyo alcance, efectos y probable propósito oculto ha sido criticado casi unánimemente.

En 2015 se reformó la ley que lleva el pomposo título de “Reforma para la agilización de la justicia penal”. Esta ley, entre otras cosas, impone un plazo obligatorio en el que deberán concluirse las actuaciones de instrucción. El plazo es de seis meses, prorrogable hasta diez y ocho cuando la instrucción sea compleja, si, a petición del fiscal, lo decide el juez de instrucción. Estos plazos son manifiestamente insuficientes en los procesos de corrupción política y económica. Estos grandes procesos, generalmente, parecen no avanzar, entre trabas y dificultades. Los investigados tienen derecho a plantear interminables recursos y pruebas dilatorias, y lo hacen.

En muchas ocasiones, las instituciones oficiales en las que los políticos corruptos cometieron los hechos investigados les respaldan dificultando la obtención de las pruebas documentales. Por esa razón se han tenido que generalizar los registros ordenados judicialmente en ayuntamientos y otras instituciones. Las corporaciones financieras españolas o internacionales proporcionan frecuentemente a los jueces datos incompletos y con retraso, y los paraísos fiscales nada, nunca. La rigidez de un sistema procesal decimonónico, la sobrecarga de trabajo de los juzgados, la insuficiencia de medios y los defectos tradicionales de la burocracia judicial completan el cuadro de la lentitud. La opinión pública, razonablemente, se escandaliza y exige soluciones. Algunos claman por la peligrosa, inaceptable e inútil limitación de las garantías procesales. Otros proyectan reformas legales ágiles y garantistas similares a las de otros países europeos, sistemáticamente desatendidas por el gobierno de turno.

En este contexto, el Gobierno del PP aventuró su reforma. Todo el mundo sabe que no se pueden superar las dificultades y trabas con que tropieza la investigación en esos plazos tan limitados. Después ya no caben nuevas pruebas y así la acusación queda mal armada para el juicio. La pomposa ley de agilización no aporta reformas que den fluidez y celeridad a esta parte principal del proceso. Los recursos posteriores al juicio, con apelaciones, casación ante el Tribunal Supremo, amparo ante el Constitucional, y hasta el problemático acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, seguirán aplazando interminablemente la fecha de cumplimiento de la condena. La sentencia firme y definitiva dependerá de los tiempos, nunca vertiginosos, de todos estos tribunales. A todo ello hay que añadir, tristemente, la inoperancia práctica de la justicia para recuperar el dinero que los grandes defraudadores guardan en los numerosos paraísos fiscales que son parte del sistema internacional de impunidad de ese tipo de delincuentes gravemente antisociales.

Por todo ello, se puede afirmar que los autores de la reforma eran conscientes de que acortando los tiempos del proceso anteriores al juicio oral no se puede agilizar la justicia. Simplemente se consigue estrangular la investigación judicial de los delitos de cuello blanco más sofisticados y complejos, y debilitar o desarmar al fiscal para su

acusación, manteniendo intactas las claves para evitar o aplazar la sentencia definitiva y su cumplimiento efectivo. Es evidente a quién beneficia.

La investigación efectuada por el fiscal es un sucedáneo legal articulado ante la imposibilidad de que llegue a ser un verdadero instructor. El fiscal no podrá instruir pero puede investigar. Así lo establece la ley que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Se trata de una función subalterna, que debe concluir presentando sus resultados en el juzgado en el plazo de seis meses, salvo en los casos de corrupción, blanqueo de capitales y otros de especial complejidad en los cuales el plazo es de un año. El fiscal general puede conceder prórrogas sucesivas de estos plazos en casos extraordinarios, a petición razonada del fiscal del caso. Estos plazos no cuentan para el cómputo de los plazos concedidos al juez; es decir, que entre la investigación del fiscal y la instrucción del juez la pesquisa total de averiguación de un delito ordinario puede durar un año, y si es complejo, más.

Dice la ley que cuando el fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o porque se le presente una denuncia o un atestado de la Policía, debe practicar la investigación necesaria para comprobar el hecho y la responsabilidad de los partícipes. Lo normal es que el fiscal, como el juez, ordene a la Policía Judicial la averiguación de los hechos y de los responsables, porque ni los fiscales ni los jueces van por la calle buscando delincuentes ni huellas, ni hablando con testigos ni con confidentes. Ni sería bueno que lo hicieran.

El fiscal que reciba la noticia de un hecho con apariencia de delito puede trasladar la noticia al juzgado de instrucción o puede realizar por sí mismo unas diligencias de investigación. En ella puede escuchar al sospechoso, siempre asistido por su abogado, informándole de todo lo actuado. En determinadas ocasiones, esta información, que es obligatoria, puede dar al traste con toda la investigación, porque el delincuente o su entorno razonablemente procurarán ocultar las pruebas todavía no descubiertas, propiciar o facilitar la fuga de los coautores y cómplices o poner a buen recaudo el botín. Para evitar este resultado, el fiscal puede judicializar su investigación, remitiéndola al juez, y pidiendo que

este ordene el secreto de las actuaciones, y así se evita, de momento, esa información perjudicial. También puede el fiscal citar a los testigos que considere conveniente y estos están obligados a comparecer. Igualmente, puede ordenar a la Policía que practique seguimientos y vigilancias en espacios públicos respecto de personas o actividades sospechosas, pero sin que, en ningún caso, afecte al derecho a la intimidad ni a la inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, afectaciones que solo puede ordenar el juez de instrucción.

Todas estas actuaciones son útiles para la instrucción porque facilitan la labor del juez, e incluso pueden ahorrarle trabajo. Por eso se puede decir que, desde el punto de vista de la autonomía y plenitud de la función de instruir la investigación del fiscal es accesoria. Es un sucedáneo.

La acusación

Las pruebas obtenidas con la investigación del fiscal tienen que ponerse, sin excepción, a disposición del juez instructor, desde el momento mismo en que inicia la instrucción. Este juez reúne esas pruebas, junto con las que él mismo obtiene y las que aporten otros acusadores y los defensores. Cuando todas estas pruebas están reunidas, el juez debe poner fin a la instrucción. A continuación, el fiscal formulará su posición generalmente acusatoria, aunque también puede estimar que con las pruebas reunidas no hay elementos suficientes para acusar.

Cuando ocurre esto, pero hay otros acusadores, el fiscal debe mantener su criterio contrario a la acusación, y, en la práctica, se convierte en defensor. Esto no ocurre con frecuencia. Lo más frecuente es que el fiscal acuse. Su acusación se formulará en un documento más o menos extenso en el que se describen los hechos tal como le parece al fiscal que han ocurrido, los delitos que cree que corresponden a tales hechos, las circunstancias agravantes o atenuantes que, en su caso, merece el acusado, las penas que deben imponerse y las indemnizaciones que el acusado debe abonar a las víctimas y perjudicados. Seguidamente, los otros acusadores, si los hay, y los defensores después, presentan documentos paralelos, conforme a su apreciación de los hechos, y conforme a su interés, porque ni los acusadores particulares ni los defensores están obligados a la objetividad e imparcialidad. Esta obligación alcanza exclusivamente al fiscal.

En ocasiones, ciertamente infrecuentes, a causa de esta obligación de objetividad e imparcialidad, el fiscal, como acabamos de ver, deja de ser acusador. La ley así lo establece, al definir como una de sus principales funciones la de “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de los delitos, u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”.

Cuando están reunidos todos los medios de prueba de los que se

servirán las acusaciones y las defensas, el magistrado o el tribunal que presidirá el juicio oral y público señalará la fecha de la celebración. En el juicio se interroga a los acusados, a los testigos y peritos, se examinan las pruebas y, por fin, cada acusador y cada defensor expone oralmente sus razones, su visión de las pruebas, resaltando las que le favorecen y procurando desmontar las que perjudiquen a sus intereses. Esta es la parte espectacular del proceso, pero lo que ahora nos interesa es para qué sirven los fiscales. Pues bien: sirven para preparar el juicio y para actuar ante el tribunal y el público. Pero esta actuación, que es la más lucida, no sería posible sin todo el trabajo previo.

La acusación popular

En España, como hemos visto, el fiscal carece del monopolio de la acusación. Las víctimas y los demás perjudicados por un delito no solo tienen derecho a reclamar la indemnización y reparación que, en su opinión, les corresponde, sino también tienen derecho a participar en todas las fases del proceso, salvo las declaradas secretas por el juez, y a acusar y pedir la pena que crean que merece el acusado. También tienen ese derecho a participar y a acusar todos los ciudadanos, ejercitando lo que se denomina la acción popular, aunque no hayan sido víctimas ni perjudicados. La acción popular consiste en actuar ante los juzgados y tribunales, mediante el correspondiente abogado particular, investigando y participando en la instrucción, aportando las prueban que le convengan, formulando la acusación e impulsando el proceso hasta la sentencia final. Este derecho es un modo de participación cívica en la Administración de Justicia y es una peculiaridad española que no existe en otros países. En algunos únicamente se permite que acusen las víctimas o perjudicados. En otros solo pueden reclamar su indemnización. Y en otros, los ciudadanos pueden participar con la acusación del fiscal, de forma adhesiva o subsidiaria. Pero en ningún país, más que en España, se permite que alguien acuse al margen del fiscal, o incluso en contra de la posición del fiscal.

Desde el siglo XIX, la acusación popular estaba prevista, principalmente, para acusar a los jueces por delitos de prevaricación, cohecho y otros similares. La razón de ser de la acusación popular en España siempre fue la desconfianza, la sospecha de una posible impunidad al amparo del corporativismo institucional. Al mismo tiempo, existió siempre la sospecha contraria. En textos jurídicos del siglo XIX se reflexionaba sobre el riesgo de que la acusación popular actuara por odio, codicia “u otra pasión vituperable”.

Hoy el derecho a la acusación popular no se prevé solo contra los

jueces. Se ha generalizado a cualquier clase de querellados y delitos. Quizás porque su razón de ser, ahora, sea una desconfianza generalizada, o quizás porque ya no sea esa desconfianza sino la participación cívica altruista. Por eso el Tribunal Constitucional dice que la acusación popular "sirve para defensa del interés común".

El problema está en cómo se demuestra eso. Pensemos que el principal responsable de Manos Limpias, acusado de servirse de la acusación popular como medio de chantaje, dijo al juez que lo hacía "por España". Por puro altruismo. El autodenominado Sindicato de funcionarios Manos Limpias es un reducido grupo de personas que no son funcionarios, y su actividad no es sindical. Es un núcleo de personas de ideología franquista, cuya actividad consiste en actuar ante los tribunales contra todo lo que, según ellos, tenga connotaciones de progreso social o político o pueda reportarles ventaja económica mediante el chantaje. Esto lo consiguen aireando su acusación y provocando el desprestigio del acusado. Su última aventura conocida hasta ahora fue el ejercicio de la acción penal contra la infanta Cristina, al parecer ofreciendo retirarse de la acusación a cambio de una elevada suma de dinero.

Antes de que se destapara el sucio negocio de Manos Limpias, algunas honrosas víctimas, carentes de notoriedad, también denunciaron o intentaron resistir al chantaje de este sospechoso colectivo, pero fueron desoídas por los jueces o aplastadas por la apisonadora procesal de los chantajistas. La inmensa mayoría, sin embargo, no denunció. Temían la previsible publicidad. En unos casos, porque tienen trapos sucios que ocultar y saben que el arma más mortífera del chantajista es la veracidad de su denuncia, porque puede decirse que no hay chantajistas sin trapos sucios, sin víctimas cómplices, sin cobardías interesadas o sin hipócritas tolerancias. En otros casos, sin embargo, la víctima del chantajista armado con la acusación popular es inocente y cede por el temor a la expansión irreversible del infundio.

En ciertos casos, las leyes establecen reglas que pueden limitar el ejercicio de la acción popular. Pero, como es lógico, la interpretación de estas reglas corresponde a los tribunales. Y las interpretaciones, a veces, son sospechosamente contradictorias.

Al banquero Emilio Botín lo acusó por delitos fiscales una formación política catalana, Iniciativa per Catalunya, y una asociación de inversores, ejerciendo la acción popular. La Fiscalía no vio motivos para acusar. La Abogacía del Estado, en representación de Hacienda, tampoco. El Supremo, en diciembre del 2007, argumentó que, en determinado tipo de delitos, como los atribuidos a Botín, cuando no acusa el fiscal ni los perjudicados concretos, el juicio no tiene razón de ser porque no hay interés público ni privado que proteger. Por lo visto, la Hacienda pública no es interés merecedor de especial protección. El todopoderoso Botín no fue juzgado, demostrando que, quizás, la justicia no es igual para todos.

En abril del 2008 el Supremo cambió de criterio en el caso Atutxa. El Tribunal Supremo había decidido la ilegalidad de Batasuna y, en consecuencia, ordenó a Juan María Atutxa, presidente del Parlamento Vasco, que disolviera al grupo parlamentario Batasuna. Tras múltiples y sutiles argumentaciones jurídicas, unas dilatorias, otras esquivas, la Mesa del Parlamento Vasco decidió que era imposible dar cumplimiento a la orden del Supremo, de conformidad con su Reglamento, única legalidad a la que debían atenerse. El Supremo ordenó que se abriera una causa penal por desobediencia contra el presidente y los otros dos componentes de la Mesa. El fiscal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no formuló acusación. Solo acusó el sindicato Manos Limpias. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco los absolvió. Al Supremo esta vez, a diferencia del caso Botín, le pareció suficiente con la acusación popular de Manos Limpias, sin la del fiscal, que defendía la posición absolutoria. El Tribunal Supremo condenó por desobediencia a Atutxa y los otros dos parlamentarios a pena de inhabilitación, sin siquiera escucharlos ni juzgarlos. Y el Tribunal Constitucional remató la jugada diciendo que el contradictorio cambio de doctrina jurisprudencial y la clamorosa anomalía procesal de condenar, sin siquiera escuchar al que juzgan, son constitucionalmente válidos. Pelillos a la mar. El magistrado que redactó esta sentencia fue Enrique López, actual Consejero de Justicia de la Comunidad de Madrid, gobernada por el Partido Popular.

Un caso paradigmático de acusaciones particulares o populares es el caso Garzón. Este caso merece una detallada atención precisamente

por la posición del fiscal, que no compartió las maliciosas perspectivas de los acusadores y por la evidente coherencia de esas perspectivas acusadoras, concordes en el objetivo final de borrar del mapa a un juez incómodo.

En España, hablar del caso Garzón evitando personalismos favorables o adversos es siempre un cometido problemático, porque el juez Garzón llegó a ser un personaje popular.

En primer lugar, conviene hacer una referencia a lo que se ha denominado el caso Garzón. Porque, aunque Garzón sea el único acusado, los acusadores son tres distintos, y se corresponden con tres distintas fuerzas de poderosos intereses en España. El "caso Garzón" son tres casos distintos.

La primera querella contra Garzón se presentó el 26 de mayo de 2009. La acción penal la ejercitaba el grupo autodenominado Sindicato de Funcionarios Manos Limpias. Falange Española presentó otra querella coincidente (debemos recordar que fue el partido político fascista que participó en el golpe de Estado de Franco, fue el principal grupo ejecutor de miles de asesinatos, se mantuvo como único partido político del Régimen hasta 1977, y todavía en 2020 sufrimos el bochorno de ver su papeleta en las mesas electorales). Era tanta la similitud de las dos querellas que el Tribunal Supremo las acumuló como una única. El argumento jurídico de las querellas fue que Garzón había incumplido voluntariamente la ley de amnistía de 1977, y la que establece la extinción de la responsabilidad penal por prescripción de los delitos de asesinato. Los acusadores argumentaban que el juez había prevaricado aplicando una interpretación nueva en España de los principios de justicia universal, y asumiendo para ello una competencia que, según ellos, correspondería a los jueces del lugar de los distintos crímenes.

La segunda querella se presentó el 12 de julio de 2009, es decir, solo un mes después de las anteriores. Los querellantes eran unos abogados que representaban intereses en conflicto con la dirección del Banco de Santander, uno de los poderes económicos principales de España, en una antigua confrontación con múltiples pleitos y acusaciones. El ataque procesal contra Garzón era un modo de ataque a la cúpula del banco. El argumento jurídico era que Garzón

habría percibido sumas de dinero a través de la New York University (NYU) en retribución por determinadas decisiones que favorecerían al banco o a su presidente. Anteriormente, los mismos acusadores habían intentado apartar a Garzón de su intervención en otro proceso contra el presidente del banco, mediante una petición de sanción disciplinaria que fue rechazada por el Consejo General del Poder Judicial, al estimarla sin fundamento. Y también habían intentado interponer una querella contra Garzón, con fundamento similar a la del 12 de julio, que también fue rechazada por la misma razón. De la proliferación de querellas y denuncias es razonable deducir que el verdadero objetivo final no era defender la deontología del juez, sino su eliminación de todos los procesos en que incomodaba a los mandantes de esos abogados.

Garzón, en efecto, había recabado financiación para la NYU, y en concreto para un curso en el que él era el director, pero previamente había cesado en sus funciones judiciales, con el conocimiento y aprobación del Consejo General del Poder Judicial. La decisión que Garzón había adoptado antes de cesar en sus funciones, contraria a los intereses de los querellantes, fue dictada a solicitud del fiscal, y ratificada por la Audiencia Nacional como órgano jurisdiccional superior, en segunda instancia.

La tercera querella se presentó el día 9 de diciembre de 2009. La presentó un abogado de una persona que estaba en libertad, pero implicada en una trama policialmente llamada Gürtel (que significa "correa" en alemán, por ser ese el apellido del principal implicado) de corrupción política de gran trascendencia mediática porque afectaba directamente al Partido Popular. El abogado había acudido a la prisión para entrevistarse con otro implicado en el mismo asunto, al que Garzón había encarcelado preventivamente, igual que a otros miembros de la trama, por el peligro de que continuaran tomando decisiones delictivas de disposición o de ocultación financiera importante. Para evitar esta continuidad delictiva, Garzón ordenó la intervención de todas las conversaciones que mantuvieran con cualquier abogado que les visitara, ya que se desconocía quién podría ser su enlace con el exterior. El querellante, al que después se unieron otros abogados cuyas conversaciones también fueron intervenidas, argumentaba que la injusticia de la decisión de Garzón consistía en el incumplimiento

del artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. El objetivo final de esta querella era la eliminación del juez incómodo y la nulidad de las pruebas obtenidas por él como medio de producir la impunidad de la trama de corrupción política, que después se ha probado que existió y que habían seguido dando órdenes desde la cárcel; o sea, que las sospechas del juez eran fundadas. Los protagonistas de aquellos hechos han sido condenados.

El juez condenado, el fiscal que lo defendió, los acusadores torticeros y el tribunal que lo condenó, así como la opinión pública que seguía las incidencias de la persecución penal, significan puntos de vista distintos sobre los procesos contra Garzón.

El primer protagonista es, sin duda, Baltasar Garzón. Ha trabajado mucho, con notables éxitos y probables errores. Ahora no se pretende juzgar su trabajo, santificarlo ni satanizarlo, sino, únicamente, exponer si los hechos por los que fue condenado merecen una condena penal y su extraordinaria severidad.

El segundo protagonista es el Tribunal Supremo. En este asunto, ha producido muchas decisiones, con tribunales compuestos por magistrados distintos, con opiniones dispares y, en ocasiones, cambiantes. Con probables errores, irremediables, que deben soportar la crítica democrática, tanto la jurídica como la cívica.

La ley española establece que la competencia para instruir y juzgar a los magistrados de la categoría de Garzón corresponde al Tribunal Supremo. Un magistrado de este tribunal puede realizar las funciones de juez de instrucción en cada caso, y en otro caso formar parte del tribunal que juzga en única instancia (porque ya no hay otro tribunal superior ante el que recurrir). Por esta razón se produjo un incomprensible trenzado de magistrados instructores y juzgadores.

De los siete magistrados que condenaron a Garzón el 9 de febrero, dos, Marchena y Varela, habían sido jueces de instrucción de los otros dos casos en que fue acusado. Ambos jueces de instrucción, en sus múltiples resoluciones, emplearon expresiones de descalificación para Garzón que desbordaban el ámbito estricto del hecho que enjuiciaban, en términos que se podrían considerar como

de pérdida de la imparcialidad para juzgarle por otro asunto.

Como la mujer del César, conviene que los magistrados eliminen las sospechas de la opinión pública. Esos dos magistrados deberían haberse abstenido de juzgar a Garzón, tras haberse pronunciado contra él de manera tan descalificadora. Podrían haber tomado ejemplo de otro magistrado, Perfecto Andrés Ibáñez, que con mucho menos motivo, y solo por haber formado parte de un tribunal en una de las decisiones iniciales de uno de los procesos, pretendió su propia abstención. El tribunal le denegó su pretensión. Y no es extraño, porque la denegación la redactó precisamente el magistrado Marchena. Si hubiera aceptado los razonables argumentos de Andrés Ibáñez, esos mismos argumentos le habrían exigido su propia abstención, y la de Varela. Hay criterios deontológicos difusos, externos al ámbito de las normas escritas, y hay pautas de estética profesional que, al parecer, no están al alcance de todos.

Los medios de comunicación y los intereses que defienden o representan también se alinearon en frentes contrapuestos, a veces con marcada pasión hispana. La aparición de los crímenes del franquismo como uno de los integrantes fundamentales de la confrontación añadió a esta lo mucho que queda en España de una guerra civil cuyos vencedores todavía no han sido derrotados.

Debe resaltarse la importancia de la posición de objetividad e imparcialidad del Ministerio Público. La aparición en cadena de las tres persecuciones, con una sorprendente proximidad cronológica entre ellas, con la inmediata aceptación del Tribunal Supremo, a pesar de la oposición del Ministerio Público que las consideraba jurídicamente inaceptables, dio lugar a toda clase de especulaciones sobre su posible planificación conjunta, dirigida a la eliminación definitiva de Garzón como juez incómodo. Las suspicacias, razonables en la opinión pública, no excluían a determinados magistrados del Tribunal Supremo, y en determinados medios llegaban a una descalificación total del Tribunal, a todas luces simplista e inaceptable. No se ven datos materiales para sostener aquellas sospechas. Pero tampoco para rebatirlas.

La opinión pública repitió y multiplicó sus sospechas cuando, finalmente, pese a la dispar duración de sus trámites, comenzó la

serie de juicios y resoluciones que ponían fin a los tres procesos, otra vez con una sorprendente proximidad cronológica entre todos ellos (las tres resoluciones se dictaron los días 9, 13 y 27 de febrero de 2012, siendo la condenatoria la primera). Una vez más, carecemos de datos objetivos para rebatir las sospechas de planificación de las actuaciones del Tribunal. Consecuencia de aquella planificación, según tales sospechas, sería que recaería primero una condena de inhabilitación definitiva de la condición de juez, por violación de un principio constitucional, como sería el derecho de defensa, y ya después, borrado Garzón del mundo judicial, habría espacio para una absolución en el caso de las víctimas del franquismo, absolución ya inútil para Garzón, pero para el Tribunal cómoda y fácil. Cómoda ante la opinión pública, tan implicada en el tema, y fácil ante la opinión especializada, porque nada es jurídicamente más fácil que absolver a quien ya ha sido previamente decapitado.

El caso Gürtel fue el primero en juzgarse, aunque había sido el último en iniciarse. Garzón fue condenado como autor de un delito de prevaricación a pena de multa, y a once años de inhabilitación para el cargo de juez o magistrado, con pérdida definitiva del cargo y de los honores correspondientes. Y además, por imperativo legal, aunque con triste sarcasmo judicial, fue condenado a pagar a los abogados que le acusaron, es decir, a la trama de corrupción.

El Código Penal define la prevaricación judicial como “dictar una resolución injusta”. El término de “injusta” es problemático, al ser abierto, impreciso y necesitado de concreción mediante otras normas extrapenales.

El hecho delictivo, según el Tribunal Supremo, es haber ordenado la escucha y grabación de las conversaciones entre los presos de la trama Gürtel y los abogados, porque, según los acusadores, eso está prohibido por el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria.

Sin embargo, el juez instructor dijo que ese artículo 51 es “farragoso, contradictorio, zigzagueante, opaco, laberíntico” y que su aplicación en el proceso penal produce “estrés hermenéutico”. O sea, que ese artículo es un lío, y su interpretación da dolor de cabeza. Además, añadía que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que, en ocasiones extraordinarias, los jueces

pueden intervenir conversaciones entre presos y abogados, porque no cabe instrumentalizar la profesión de abogado para la comisión de delitos. “El privilegio de toga no es admisible”, llegó a decir el juez instructor. Para él ese artículo 51 no era base para afirmar la “injusticia” de la decisión de Garzón.

El Tribunal Supremo desatendió estas sugerencias. En su sentencia condenatoria, al describir los hechos probados, no dijo en qué se había limitado a los abogados su derecho de defensa ni en qué o cómo se había beneficiado irregularmente al fiscal para su acusación. Solamente esas limitaciones o ventajas significarían un resultado lesivo real, de relevancia penal, en un sistema procesal como el español, basado en el principio acusatorio y su correlativa igualdad de armas. Esta igualdad no fue, en ningún momento, perturbada.

En España, el juez de instrucción es el único constitucionalmente encargado de velar por la intimidad de aquellos interlocutores inocentes, sin indicios incriminatorios, que comunican con los presos en la cárcel, y de salvaguardar el resultado de sus comunicaciones. Las que no interesen para la investigación serán “expurgadas” por el juez. Así lo manda la ley que regula el proceso penal, y así lo hizo Garzón. Pero el Tribunal afirmó que, aunque eliminó las conversaciones ajenas a su investigación, lo hizo tras escucharlas (mal podría hacerlo de otro modo), de donde deduce su intención que califica de delictiva.

De nada sirvió que sea una práctica masiva, constante e indiscutida, conocida y respaldada por el Tribunal Supremo, la de que cuando una intervención de conversaciones ordenada por un juez no se ajusta plenamente a la previsión legal, se declara su nulidad y se elimina del sumario. Y si no hay otra prueba, se absuelve al acusado. Pero nunca se ha condenado a un juez por ello. Esta es la primera y única vez.

El asunto de la NYU se cerró sin juicio, y por eso no nos detenemos en sus pormenores.

El asunto de los crímenes del franquismo concluyó con la absolución. Pero el Tribunal no ahorró descalificaciones ni reproches por lo que considera errores jurídicos de Garzón. El

primero sería, según el Tribunal, servirse del proceso penal para cumplir “la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad”, en los que “se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona al concurrir una causa de extinción de responsabilidad”, como es la prescripción. Argumento más que discutible, porque para decir que un hecho delictivo está prescrito hay que investigar y llegar a saber, previamente, que el hecho ha existido y que tiene carácter de delito. Los hechos casuales no prescriben. Solo prescriben los delitos.

El Tribunal se extendió repetidamente en señalar que las posiciones de Garzón, en su discutida interpretación del derecho universal, aun calificándolas constantemente de erróneas, tienen una base jurídica y hay fundadas posiciones jurídicas, doctrinales, que coinciden con ellas. Por eso, para el Tribunal, los errores de Garzón son solo errores, pero no delito de prevaricación.

Y, como argumento básico, afirma que el propósito de Garzón, al empezar la investigación a raíz de las denuncias de las víctimas, era “mejorar la situación de las víctimas”, por lo que no lo considera arbitrario, y le absuelve. Aquí debemos resaltar un feliz juego funambulesco del Tribunal. Abandona su posición, a lo largo del proceso, según la cual el móvil que subyace en la resolución “injusta” es irrelevante. En la sentencia, finalmente, el móvil sí es relevante, y se valora positivamente el contenido ético de la actuación judicial. Por todo ello lo absolvió.

Nada de lo que hizo el Tribunal Supremo en los procesos que se llamaron el caso Garzón es inteligible. Se constituyó objetivamente en instrumento procesal, finalmente inviable, de residuos fascistas. Se prevalió de su posición para abundar desproporcionadamente en afrentas morales gratuitas, aprovechándose de que eran procesalmente irrebatibles. Ha sembrado dudas sobre su imparcialidad o coherencia. Ha generado perplejidad para los jueces de instrucción sobre los fines admisibles del proceso penal. Ha cambiado su construcción teórica sobre el elemento subjetivo del delito de prevaricación. Ha instrumentalizado e infravalorado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ha reducido los principios de justicia universal a la condición de simple base cultural del derecho interno.

Finalmente, Garzón ha sido borrado del mapa de la magistratura española. Pueden descansar tranquilos los de Gürtel. Puede sentirse imperturbable la suprema autoridad judicial. Puede considerarse el supremo tribunal liberado del bochorno internacional de perseguir a un juez por querer investigar a los más graves criminales en serie de nuestra historia. Pero es inevitable la pregunta: ¿Todo eso para qué? Es decir, quid prodest?

La justicia universal

La acusación popular no siempre es contraproducente. En ocasiones cumple su cometido histórico de incentivar la participación popular en la administración de la justicia y es un eventual complemento a insuficiencias o incorrecciones del fiscal. Una muestra extraordinaria de esta función complementaria o correctora de nuestro sistema procesal lo constituye el ejercicio de la acusación popular en casos de investigación y persecución de delitos cometidos en el extranjero y por extranjeros contra españoles, o delitos contra la humanidad igualmente cometidos en el extranjero y por extranjeros. Es evidente que la circunstancia de la perpetración en el extranjero de un genocidio u otro crimen internacional, aun sin víctimas españolas, puede, y debe, conmover los sentimientos humanitarios y democráticos de nuestra sociedad; lesiona efectiva y directamente nuestros intereses éticos, humanitarios y democráticos; merece el correspondiente reproche jurídico; y exige la consecuente actuación de nuestros tribunales. Se trata de supuestos de aplicación práctica y concreta de la justicia universal.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en 1985, había instaurado en España la pacífica y plena vigencia del principio de jurisdicción universal, encomendando su aplicación instructora a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, y a esta la función específicamente jurisdiccional. Durante diez años, el artículo 23.4 permanecía, virgen y apacible, en el texto de dicha ley orgánica, sin que se produjeran críticas ni prevenciones significativas. Parecía una hermosa declaración ad exhibendum.

Pero las normas son herramientas que están para ser usadas. Con base en ese pacífico artículo 23.4, en 1996, la Unión Progresista de Fiscales, como entidad privada, impulsó la persecución penal contra los dictadores argentinos y contra Pinochet, pese a la frenética oposición del fiscal general nombrado por el PP, y consiguió que el

impulso procesal prosperara, con el inigualable arrojo de Garzón, propiciando un salto cualitativo del derecho penal internacional y en contra de la impunidad de los crímenes de Estado, tras los avatares procesales de Pinochet, en 1998.

España se sumaba así, de manera efectiva, a la primera fila de los países que asumen el compromiso de la jurisdicción universal. Estábamos orgullosos de ello. Como es lógico, se abrieron así las puertas a nuevas esperanzas de otros muchos afectados y víctimas de crímenes internacionales. Determinadas entidades privadas, como ONG y otras con fines solidarios y altruistas, emprendieron el esfuerzo de ejercer la acusación popular contra distintos Gobiernos que practicaban o amparaban crímenes masivos contra sus poblaciones. La publicidad que acompañaba al proceso subsiguiente amplificaba el efecto de reproche global y, consecuentemente, todo ello podía ser un freno a la impunidad de aquellos Gobiernos.

Aunque algunos Estados poderosos se mostraron frontalmente opuestos a la asunción internacional de responsabilidades penales, fueron apareciendo acusaciones particulares o populares técnicamente sostenibles, con pruebas sólidas, como la de Rigoberta Menchú contra los autores de crímenes perpetrados en Guatemala entre 1978 y 1986, incluyendo el asalto a la embajada española de 1980, o como las relativas a China por lo del Tíbet y Falun Gong, la relativa a los vuelos de la CIA o la relativa a Israel por la matanza de población civil en Gaza. En todas ellas se pretendía defender ante tribunales españoles a víctimas no españolas por gravísimos delitos cometidos contra ellas por agresores no españoles, porque en sus respectivos países no se les otorgaba la protección judicial que merecían. Y no es casual que ni China ni Estados Unidos ni Israel sean parte en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, porque no aceptan someterse a la jurisdicción internacional. Es razonable la contrariedad diplomática de los Gobiernos de España, incapaces de lucir, ante esos Gobiernos, su control sobre unos tribunales verdaderamente independientes que aplicaban la ley vigente en España.

Vistos los problemas políticos y diplomáticos que le provocaba la vigencia de la jurisdicción universal, el Gobierno del PP decidió su derogación. Ya lo dijo Groucho Marx: “Estos son mis principios. Si

no le gusta, tengo otros". El 15 de octubre de 2009, el Congreso de los Diputados aprobó definitivamente el texto de reforma del artículo 23.4 del que suprime lo esencial, sustituyendo el principio de jurisdicción universal por unas reglas de protección de intereses españoles en el extranjero que, de un modo u otro, ya estaban amparados por otras previsiones del mismo artículo. Pero, aun con esa amputación deplorable, la ley todavía permitía la acusación particular o popular para defender a españoles víctimas de delitos cometidos por extranjeros en el extranjero. Tal fue el caso de Couso, cámara español asesinado por un proyectil lanzado por un tanque de Estados Unidos cuando trabajaba desde un balcón del hotel Palestina de Bagdad.

Las reformas de la ley, finalmente, han producido la muerte procesal de las iniciativas y las esperanzas de los afectados y las víctimas denunciantes de todos los asuntos en trámite en España. Para que un delito cometido en el extranjero pueda ser perseguido en España, ahora, es necesario que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España. El militar norteamericano que disparó el cañonazo contra Couso podría venir en viaje de negocios o de vacaciones y no podría ser detenido ni acusado por el asesinato porque su residencia no sería habitual. Lo tienen todo pensado. Y, además, solo puede perseguirse si acusa el fiscal o la víctima. Pero si el fiscal no acusa, las víctimas indefensas que están en sus países sufriendo la agresión de sus propias autoridades ya no podrán ser protegidas ante los tribunales españoles mediante la acusación popular, formulada por entidades solidarias. Los poderosos mandan. Un verdadero neocolonialismo jurídico se ha impuesto, así, en nuestro derecho positivo.

Capítulo 4

LAS FISCALÍAS CENTRALES Y ESPECIALES

Como hemos visto, el Ministerio Fiscal de 1926 se ha ido transformando en una institución compleja con multitud de funciones nuevas y con necesidad de especialización en determinado tipo de actuaciones, investigaciones y relaciones. Así han ido surgiendo grupos de trabajo, de coordinación y de especialización. La experiencia y las necesidades operativas son las que han determinado que en unos casos todas esas circunstancias fragüen en fiscalías especiales, con sede en Madrid y con delegados en las fiscalías provinciales. Estas fiscalías especiales disponen de autonomía funcional, bajo la dependencia del fiscal general. En otros casos tan solo se ha llegado a la estructuración de servicios especializados que, en cada Fiscalía, asumen el tratamiento de los casos relativos a su especialización.

El Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas y la Audiencia Nacional tienen su sede en Madrid y su ámbito jurisdiccional abarca a la totalidad del territorio del Estado. Para actuar ante estos tribunales existen unas fiscalías dotadas de estructura organizativa específica, siempre subordinadas al fiscal general. Su especialidad viene dada por las competencias especiales que tiene cada uno de esos altos tribunales y por su ámbito geográfico de competencia, que es toda España. Por eso se considera a estas fiscalías como órganos centrales del Ministerio Fiscal.

Hay otras fiscalías que también tienen el mismo ámbito geográfico de competencia, y por ello también pueden considerarse como órganos centrales, aunque sus funciones no se corresponden con las de determinados tribunales. Son la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía Anticorrupción y de Criminalidad Organizada. Estas dos fiscalías especiales también tienen su sede en Madrid y actúan en los casos en que los delitos de sus respectivas especialidades son de extraordinaria importancia, cualquiera que sea el lugar de España en que ocurran,y cualquiera que sea el juzgado o tribunal que lo instruya o juzgue. En las fiscalías de los tribunales superiores de las comunidades autónomas en las que los asuntos de corrupción o de

drogas son de extraordinaria importancia o cantidad estas dos fiscalías especiales tienen fiscales delegados.

La Fiscalía del Tribunal Supremo

Los fiscales del Tribunal Supremo llevan los casos que se dilucidan en ese tribunal. Según la Constitución, el Tribunal Supremo tiene jurisdicción en toda España y es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, es decir, en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso-administrativo y social. También en la jurisdicción militar. En la jurisdicción ordinaria, propia del Poder Judicial, el Tribunal Supremo es el grado más alto de jurisdicción. Sus sentencias no pueden ser revisadas por ningún tribunal superior a él. El Tribunal Constitucional, órgano externo al Poder Judicial, revisa en determinados supuestos legales las decisiones del Tribunal Supremo y de otros órganos judiciales. Después nos referiremos a este tribunal.

En materia civil, el fiscal debe informar al Tribunal Supremo sobre muy diversas materias y sus informes son atendidos por el Supremo y en un alto porcentaje de casos dicta sentencia de acuerdo con tales informes. De ahí la importancia de la actividad de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Por ejemplo, el fiscal informa en asuntos derivados de pleitos de familia, en divorcios, en casos de custodia compartida; también en casos de ofensas al honor, ámbito tan codiciado por la llamada prensa del corazón. Recientemente, fue decisiva la intervención de la Fiscalía en los asuntos relacionados con las cláusulas suelo y la aplicación en España de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el orden jurisdiccional penal, la Fiscalía del Tribunal Supremo realiza la actividad más conocida, más mediática. Pero su cometido cotidiano es mucho más extenso. Le corresponde la interposición de los recursos de casación derivados de todos los juicios penales en que la Fiscalía, los otros acusadores o los defensores del caso no están de acuerdo con la sentencia dictada por el tribunal. Se recurren en casación ante el Tribunal Supremo las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional o por los tribunales superiores

de justicia de cada comunidad autónoma, porque estos tribunales revisan, en apelación, las sentencias de las audiencias provinciales de su territorio autonómico. También pueden recurrirse en casación ante el Tribunal Supremo las sentencias dictadas por las audiencias provinciales cuando revisan, en apelación, sentencias previas de los jueces de lo Penal, órganos judiciales de menor rango que solo pueden dictar sentencias si la pena de prisión impuesta no pasa de cinco años. La ley que regula el proceso penal establece escrupulosa y detalladamente los supuestos y circunstancias que deben concurrir para que esos recursos de casación puedan ser admitidos a trámite. A la Fiscalía le corresponde no solo recurrir en casación cuando lo crea necesario, porque otro tribunal sentenció en contra de su petición, sino, además, cuando otros acusadores o defensores recurren porque un tribunal había dado la razón al fiscal y no a ellos. Todo este cúmulo de actividades es la ocupación ordinaria de los fiscales del Supremo.

También corresponde al Tribunal Supremo juzgar, en única instancia, a las personas que por su cargo gozan de fuero que no permite que les juzgue ningún otro tribunal. Son los aforados. Los miembros del Gobierno, del Congreso y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Supremo y de la Audiencia Nacional, y los correspondientes fiscales, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado del Defensor del Pueblo y los equivalentes de las comunidades autónomas. También gozan de fuero los consejeros del Gobierno de las comunidades autónomas. Si se les juzga por hechos cometidos en el territorio de su autonomía, el fuero determina que les deba juzgar el Tribunal Superior de Justicia de su comunidad autónoma. Si se les juzga por hechos cometidos fuera de ese territorio, el fuero determina que deban ser juzgados por el Tribunal Supremo. Esto es lo que determinó que los acusados del procés de Cataluña fueran juzgados ante el Tribunal Supremo, porque, según el tribunal, los acusados realizaron hechos de impulso y soporte de su proclamación de independencia fuera de Cataluña y de España, y además la declaración de independencia afecta a la unidad de España, por lo que el efecto del delito excede del ámbito territorial de Cataluña.

Cuando abdicó el rey Juan Carlos I, el 19 de junio de 2014, se produjo una situación peculiar. Recordemos que la Constitución

dice que el rey es inviolable y no está sujeto a responsabilidad. Por eso no se puede proceder contra su persona por ninguna causa ni bajo ningún motivo. Al no estar sujeto a responsabilidad, no cabe exigirle responsabilidad ni siquiera por deudas personales. Insisto, por ninguna causa ni en ningún caso. Sigue diciendo la Constitución que de los actos del rey será responsable la persona que los refrende, que será el ministro correspondiente o el presidente del Congreso o del Gobierno, según la actividad política que pudiera generar la responsabilidad.

La Constitución parece no haber previsto que el rey tenga vida privada e intereses privados, que no estarían refrendados políticamente. En esa vida privada sería posible que se realizaran actividades previstas en las leyes como irregulares. Si las decisiones se hubieran adoptado por varios socios, o por unos administradores con el consentimiento del soberano titular, en tales casos este último no sería responsable ni penal ni económicamente, por su inviolabilidad constitucional. Pero todos los demás, sí.

Al abdicar, el rey perdió el privilegio de la inviolabilidad. Al día siguiente de la proclamación de Felipe VI, el rey emérito podría sufrir la interposición de una denuncia, una querella criminal o una demanda civil con base en unos hechos o negocios privados realizados durante su reinado, que el denunciante, querellante o demandante estimara delictivos o perjudiciales. Y a partir de ese mismo instante de la abdicación, también podría sufrir denuncias, demandas y querellas por sus actividades posteriores. La denuncia, querella o demanda se podría formular ante cualquier juzgado de España, según el lugar de los hechos que las motivaran, y el modestísimo juzgado no tendría más remedio que estudiarla y admitirla a trámite si hubiera méritos para ello, y el igualmente modestísimo, o modestísima fiscal podría verse ante la obligación de formular la correspondiente acusación. El Gobierno de Rajoy se percató del riesgo y se apresuró a evitarlo. Si el 19 de junio con la abdicación surgía el peligro, el 11 de julio ya había una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial arreglándolo todo. En veinte días. Y luego dicen que las cosas de palacio van despacio. La reforma consiste en dotar de fuero, y solo podrán ser juzgados ante el Tribunal Supremo, la reina consorte, el consorte de la reina, la princesa o el príncipe de Asturias y su consorte, y el rey o la reina

que hubiese abdicado, y su consorte. El fuero tiene todo el aspecto de una voluntad del Gobierno, del Congreso y del Senado de amparar con urgencia al rey emérito frente a acusaciones de la Fiscalía, imaginables acusaciones populares, o demandas civiles relacionadas con los negocios y operaciones financieras, al parecer, en algunos casos, de dudosa regularidad.

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

Como ya se ha dicho, el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial. Es necesario hacer esta afirmación porque, a la simple vista del profano en estas cuestiones, parece lo contrario. En efecto, el Tribunal Constitucional se llama tribunal, igual que los órganos judiciales ordinarios; también está compuesto por magistrados, dicta sentencias y el conjunto de estas se llama jurisprudencia, como en los tribunales ordinarios. Y, finalmente, ante él interviene el Ministerio Fiscal, que está integrado en el Poder Judicial con autonomía funcional, según su estatuto orgánico. Sin embargo, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional externo al Poder Judicial, independiente y autónomo, entre cuyas funciones está la de revisar las decisiones de los poderes del Estado y, por lo tanto, de los tribunales de justicia, para garantizar que se adecúan a la Constitución.

El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y, entre sus competencias, está la de atender los recursos de amparo planteados por cualquier persona o entidad que se considere víctima de violación de sus derechos fundamentales, derivadas de disposiciones, actos jurídicos o vías de hecho de los poderes públicos, incluso si son órganos judiciales. Es requisito para que el Tribunal admita la demanda de amparo que el asunto planteado sea de "especial trascendencia constitucional" y que se haya agotado la vía judicial de recursos, es decir, que ya no quepan más recursos ante los tribunales ordinarios para reclamar la protección de los derechos fundamentales que se pretende que han sido violados.

Para defender estos derechos también está legitimado el Ministerio Fiscal, y esta actividad abarca a casi el 90% de la actuación de la Fiscalía del Tribunal Constitucional. Según la Memoria de la Fiscalía General de 2019, en los procesos de amparo, en los que el fiscal emitió su dictamen, el Tribunal decidió de conformidad con el

criterio del fiscal en el 89% de los casos, y es significativo que en el año citado las sentencias de amparo aceptaron el amparo solicitado por los demandantes en el 88% de los casos. Estos datos dan una idea de para qué sirven los fiscales ante el Constitucional.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional

La Audiencia Nacional es fruto de la transición democrática, y se parece mucho a ese fenómeno político y sociológico. Nacida para la convivencia democrática, es en cierto modo heredera del franquismo y la propia vida democrática la fue distanciando de sus ancestros. Pero no es posible describir qué hace ese importantísimo tribunal, y consecuentemente qué hacen sus fiscales, sin recordar aquellos ancestros. Los ancestros están en el Tribunal y los Juzgados de Orden Público y su correspondiente Fiscalía, suprimidos por el Real Decreto Ley 2/77, de 4 de enero de 1977, inmediatamente posterior al Real Decreto Ley 1/77 que creó la Audiencia Nacional, con sus Juzgados Centrales y la correspondiente Fiscalía.

La ley que aprobaba la creación del Tribunal y el Juzgado de Orden Público se promulgó el 2 de diciembre de 1963. Se da la circunstancia de que el 20 de abril anterior había sido ejecutado Julián Grimau, dirigente comunista, condenado a muerte por un Consejo de Guerra, tras sufrir torturas intensas y clamorosamente perceptibles. Esto dio lugar a manifestaciones en España y en el extranjero, generando un grave problema de desprestigio para el régimen franquista entre los países democráticos. Es probable que esta fuera la razón de la creación de un tribunal no militar para juzgar los delitos políticos. Pero la entrada en vigor del nuevo tribunal no se produjo hasta marzo del año siguiente, coincidiendo con la campaña XXV Años de Paz, promovida por Manuel Fraga Iribarne, ministro de Información y Turismo. Con esta campaña el Régimen quiso conmemorar el 25 aniversario de su victoria en la Guerra Civil a través de un discurso en el que se resaltaban sus pretendidas mejoras económicas y sociales.

El Tribunal de Orden Público, comúnmente denominado el TOP, con jurisdicción en todo el territorio nacional y con sede en Madrid, estaba compuesto por un presidente y dos magistrados que se nombraban, previo informe del Consejo Judicial, a propuesta del

ministro de Justicia, entre magistrados que no tuvieran nota desfavorable en su expediente personal, lo que implicaba, desde luego, la adhesión explícita al Régimen. Para la instrucción de los sumarios se creó el Juzgado de Orden Público con facultad de desplazarse a cualquier lugar del territorio nacional cuando su situación así lo requiriera. La jurisdicción militar, no obstante, conservó una cierta prioridad, con capacidad para asumir determinados asuntos sin que el TOP dispusiera de facultades legales para oponerse.

Los delitos más sancionados por el TOP a lo largo de su vigencia fueron los delitos de asociación ilícita, como eran las de todos los partidos políticos y sindicatos democráticos, los delitos de propaganda ilegal, que eran todas las publicaciones de contenido directa o indirectamente político democrático "desafecto al Movimiento Nacional", los delitos de reunión o manifestación "no pacíficas" (o sea, prohibidas o no autorizadas). El régimen franquista se servía de un instrumento judicial, incluida su Fiscalía, que era de su absoluta confianza. La unidad especial de Policía que realizaba las labores de investigación de las conductas democráticas que se tildaban de delictivas era la Brigada Político-Social. Los métodos empleados por esta unidad especial para obtener la confesión de los detenidos eran frecuentemente delictivos, con torturas impunes conocidas y consentidas por los fiscales y magistrados. Algunos de los torturadores se hicieron célebres por su sadismo y violencia, como Antonio Creix en Barcelona y Juan Antonio González Pacheco, Billy el Niño, en Madrid.

Como se ha dicho, la Audiencia Nacional se creó a la vez que se suprimía el TOP, tras la muerte de Franco, y en pleno periodo de transición hacia la democracia, cuando todavía faltaban casi dos años para que llegara la Constitución. La Audiencia Nacional "heredaba" del TOP la competencia en materia antiterrorista despojando de esa competencia a los juzgados ordinarios del lugar de comisión de los hechos. Por todo ello hubo muchas críticas a la creación de este nuevo órgano judicial, derivadas de la sospecha de que podría continuar la labor del denostado TOP. La experiencia ha demostrado que la Audiencia Nacional, sus magistrados y fiscales han venido actuando con el mismo nivel de independencia, autonomía y eficacia que cualesquiera otros juzgados, tribunales y

fiscales, con similar nivel de aciertos y desaciertos. Además, durante los muchos años que el terrorismo de ETA era un grave problema de seguridad para los jueces y fiscales que intervenían en su persecución, la instrucción de los asuntos y su juicio en Euskadi no era fácil ni seguro que pudiera desarrollarse con la independencia, imparcialidad, serenidad y normalidad necesarias. Esta circunstancia también influía en la conveniencia práctica de alejar la actuación judicial del lugar de la comisión del delito.

La Audiencia Nacional ha venido desempeñando una actividad principal en materia de terrorismo, antes mayoritariamente de ETA y ahora de tipo yihadista. Además, le corresponde la instrucción y el juicio de las organizaciones criminales como las dedicadas a las falsificaciones de monedas y tarjetas, a las tratas de seres humanos, al tráfico de drogas de mayor gravedad y a la más grave criminalidad socioeconómica, comúnmente conocida como delitos de cuello blanco. También cuando los hechos delictivos se hayan cometido en distintos territorios de España o en el extranjero. Esta es la razón por la que ha asumido la competencia para juzgar a una parte de los acusados por el procés de Cataluña que no ha correspondido al Tribunal Supremo. Las razones jurídicas y no jurídicas de este fraccionamiento del caso son discutibles. Y todavía tiene más competencias la Audiencia Nacional. Le corresponde resolver los asuntos de extradición pasiva, es decir, cuando un país reclama a España que le entregue un delincuente para juzgarle. Igualmente, cuando esa reclamación se produce mediante euroórdenes de países de la Unión Europea. Por otra parte, existe un juzgado de menores de la Audiencia Nacional para cuando personas mayores de 14 y menores de 18 años cometan hechos que, si fueran mayores constituirían alguno de los delitos que son competencia de la Audiencia Nacional. Todavía en el orden penal, no puede dejar de señalarse que la Audiencia Nacional tiene la función de Vigilancia Penitenciaria para el control del cumplimiento de las penas que impone, de la aplicación de las reglas de progreso penitenciario, como los permisos de salida, y garantizar el respeto a los derechos de los internos.

La Fiscalía de la Audiencia Nacional está compuesta por diecisiete fiscales según su Memoria de 2019. Su función es la de intervenir en todos esos asuntos, dirigir las investigaciones policiales, formular

los escritos de acusación, dictaminar en todos los trámites, responder a las alegaciones de otros acusadores y de los acusados, intervenir en todos los juicios orales, plantear los recursos que crea que proceden y vigilar el cumplimiento efectivo y justo de las penas. Cuando los asuntos investigados y juzgados por la Audiencia Nacional se refieren a la corrupción o al tráfico de drogas, los fiscales que intervienen no son los de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, sino los de las otras fiscalías especiales, con lo que la carga de trabajo de la Fiscalía de la Audiencia Nacional resulta menos agobiante de lo que, en otro caso, pudiera parecer.

La Fiscalía Antidroga

El órgano central de esta Fiscalía se encarga de llevar los asuntos de tráfico de drogas más importantes, que son los que se juzgan ante la Audiencia Nacional. Se trata de delitos de tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes cometidos por bandas o grupos organizados, y también cuando esos delitos tengan efectos en territorios de distintas provincias de España. En los demás casos los asuntos de drogas se llevan por los fiscales delegados de la propia Fiscalía en los diversos sitios de España en que tienen su sede, designados por el fiscal general por tratarse de ciudades o territorios en que el tráfico de drogas es más intenso.

Ahora no corresponde abordar el debate sobre las razones que dieron lugar a la aceptación social de unos productos que deterioran la salud y producen dependencia, como el alcohol y el tabaco, y determinaron la criminalización de otros, calificados como drogas tóxicas o estupefacientes. Ahora corresponde, únicamente, atenernos a la legalidad vigente en España, que es la base de la actividad de los fiscales, para apuntar algunos de los problemas con que se encuentran en su trabajo cotidiano de aplicar la legalidad.

El tráfico de drogas ilegales es un comercio criminalizado. Como todo comercio se basa en la interacción de la oferta y la demanda. La oferta puede estimular la demanda, pero sin demanda no hay oferta. En España se castiga penalmente la oferta, pero no se penaliza la demanda. Y, naturalmente, existiendo demanda, existiendo consumidores adictos, siempre habrá oferta, siempre habrá traficantes, por arriesgada que sea su actividad comercial. De esta constatación no cabe deducir la conveniencia de penalizar al comprador. Sin embargo, la constatación nos obliga a reflexionar sobre el escaso éxito de la política de represión en constante espiral de incremento de la severidad.

Por otra parte, la actuación de la Fiscalía, además, ha de atenerse a

criterios y valoraciones que no están escritos en el Código Penal, sino que vienen determinados por decisiones del Tribunal Supremo. Es el Supremo el que ha decidido cuándo las drogas son de las que causan grave daño a la salud y cuándo son de las que no causan grave daño, lo cual determina unas importantísimas diferencias de penas. Es el Tribunal Supremo el que ha sentenciado cuándo la cantidad de droga intervenida a un inculpado era únicamente para su propio consumo y, por lo tanto, era impune. Y cuándo esa exculpación de la tenencia para el autoconsumo se extendía al autoconsumo compartido. O sea, cuándo uno compra la droga ilegal para un grupo que después la consumirá en fiestas o acontecimientos grupales similares. También es el Tribunal Supremo el que ha decidido qué cantidades de cada tipo de drogas es cuantía suficiente para que corresponda una pena más grave que, en determinados casos, puede ser superior a los 12 años de prisión, equivalente a la pena del homicidio.

Los fiscales antidroga se encuentran ante problemas de aplicación de la ley penal cuando el producto comerciado y consumido es un producto nuevo, una nueva sustancia tóxica todavía no incluida en las listas internacionales de la Convención Única sobre estupefacientes de las Naciones Unidas, con sus posteriores modificaciones. Estas listas han sido ratificadas por España y por eso forman parte del derecho aplicable. El problema es que los productos que todavía no están en la lista no están prohibidos, y últimamente están apareciendo nuevos productos químicos que, hasta que sean incluidos en las listas internacionales, no son drogas ilegales pese a que causen grave daño a la salud.

Otro problema con que se encuentran los fiscales antidroga es el de los clubes cannábicos, que cultivan cannabis para compartir su consumo entre los socios del club y en sus propias instalaciones. Este tipo de establecimientos floreció siguiendo el ejemplo de los coffeeshops de Ámsterdam, locales en los que el consumo de marihuana está tolerado y supervisado policialmente. En teoría esta actividad no es ilegal porque es una variante del autoconsumo compartido que, como se ha dicho, en España no es delito, porque cada cual tiene derecho a disponer de su salud como quiere. Los socios del club comparten el cultivo y el consumo de lo cultivado. En la práctica esta actividad no es siempre tan clara. A veces, falta

transparencia en la precisión de las cantidades autoconsumidas y en la derivación de parte de la sustancia apartada para consumo posterior en otro lugar, y posiblemente por otras personas, lo cual sí sería delito. Algunas comunidades autónomas han dictado leyes autonómicas regulando los clubes cannábicos, desde perspectivas sanitarias y administrativas. El debate jurídico sobre la competencia autonómica para legislar sobre esa materia está abierto, lo cual resta certidumbre para mantener una línea acusatoria sólida.

La Fiscalía Anticorrupción

En la primavera de 1994, el escándalo por los casos de corrupción era tan intenso que los partidos políticos, PSOE y PP, se vieron en la necesidad de escenificar la voluntad de hacer frente a esa lacra. Recuérdese, a título de ejemplo, el caso FILESA, de financiación ilegal del PSOE, el asunto del gobernador del Banco de España Mariano Rubio, el escándalo y las peripecias del director general de la Guardia Civil Luis Roldán. En el debate de política general sobre el estado de la Nación los días 19 y 20 de abril en el Congreso de los Diputados se acordó una resolución instando al Gobierno de Felipe González a crear una Fiscalía Anticorrupción. Un año después, en abril de 1995, siendo ministro de Justicia e Interior Juan Alberto Belloch, vio la luz la ley creadora de una fiscalía denominada Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, y en la actualidad se ha extendido su ámbito y su nombre. Ahora se llama Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad organizada. Cuenta con Unidades de Apoyo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Intervención general de la Administración del Estado, de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. Todavía carece, en pleno 2020, de unidades especializadas de expertos en urbanismo y vivienda,y de medio ambiente, por lo que la eficacia funcional de la Fiscalía Especial todavía no puede ser tanta como sería de desear en esos concretos ámbitos de criminalidad, tan propicios a la corrupción.

Las funciones asignadas a esta Fiscalía son las de investigación y persecución de los delitos contra la Hacienda pública, delitos de prevaricación, de información privilegiada, de malversación, de tráfico de influencias, de cohecho, de otros delitos de corrupción, de fraudes y de blanqueo de capitales. También le corresponde investigar los negocios de las organizaciones criminales. En todo caso, la competencia de esta Fiscalía está condicionada a que el asunto sea de especial trascendencia, según apreciación del fiscal

general.

En la práctica, la Fiscalía Anticorrupción encuentra serias dificultades en su actividad, porque las personas sospechosas cuya investigación corresponde a la Fiscalía Especial tienen vínculos, a veces poderosos, con centros de poder económico, social e incluso político. Ha de tenerse en cuenta que algunos de los delitos que investiga y persigue esta Fiscalía son propios de autoridades y funcionarios: prevaricación, información privilegiada y tráfico de influencias, malversación y cohecho, entre otros. Estas personas generalmente permanecen en sus puestos cuando se inicia la investigación e incluso mucho tiempo después. Es razonable que en sus respectivas oficinas o instituciones se produzcan efectos corporativistas de pereza en la atención de los requerimientos de la Fiscalía, e incluso del juzgado, al menos en los primeros momentos que son los trascendentales para obtener los datos esenciales.

Además, buena parte de las organizaciones desde las que se cometen los grandes delitos económicos tienen carácter transnacional. Buena parte de las prueban que necesita el fiscal están en instituciones privadas, generalmente bancarias o financieras, con sede en otros países. No es infrecuente que la disponibilidad de estas instituciones para facilitar al fiscal los datos requeridos sea escasa. Y en los paraísos fiscales, nula. Por otra parte, los hechos que persigue la Fiscalía Especial son realizados generalmente por muchas personas a lo largo de mucho tiempo, y en multitud de lugares dentro y fuera de España. Esto determina que las actuaciones de la Fiscalía, de los juzgados de instrucción, de las audiencias que los juzgan y del Tribunal Supremo que en última instancia dicta la sentencia definitiva, se prolonguen durante mucho tiempo, demasiado tiempo. A este tipo de procesos se les ha dado el nombre de macroprocesos. Para los tribunales y para la fiscalía su gestión es siempre problemática, y su final incierto.

Uno de los primeros problemas que se plantean a los fiscales anticorrupción, junto con los propios de la investigación, es el de pedir al juez, o no pedir, la prisión provisional del investigado. Como es sabido, solo cabe esa prisión antes de la condena si el investigado puede continuar cometiendo el delito, ocultando o destruyendo las pruebas, o sustrayéndose a la acción de la justicia,

es decir, fugándose. También es notorio que esos grandes delincuentes pueden seguir dirigiendo su actividad criminal desde la cárcel. Y los jueces y fiscales han de tener cuidado con intentar obstruir las conversaciones del preso preventivo con sus visitantes externos, que serán los que transmitirán las instrucciones de prosecución del negocio o de destrucción de pruebas. A los jueces y fiscales les conviene no olvidar la experiencia de Garzón. Los defensores de los autores de grandes delitos de corrupción suelen argumentar que el sospechoso ha permanecido a disposición de la justicia, acreditando con ello que no tiene intención de huir, ni siquiera cuando ya ha recaído sentencia y se está a la espera de la decisión definitiva del Tribunal Supremo, decisión que nunca es excesivamente rápida. Y es razonable que no quiera fugarse, porque en ningún sitio en que se escondiera estaría tan bien como en su propia casa. Hasta hace poco tiempo estos argumentos, las dificultades legales y las pegas y obstáculos procesales hacían que la prisión provisional de ese tipo de delincuentes fuera infrecuente y, en su caso, breve. Hoy las cosas están cambiando. Hay presos preventivos de cuello blanco que han sido ministro, vicepresidente del Gobierno, presidente de la principal asociación de empresarios, etc.

Otro problema para los fiscales anticorrupción es el relacionado con el cumplimiento de la pena de prisión. Cuando la pena solicitada es de duración elevada, en justa proporcionalidad con la gravedad de la infracción, no es infrecuente que la pena solicitada por el fiscal sea disminuida, rebajada, porque se ha reparado el daño, o sea, que se ha devuelto lo sustraído o pagado el perjuicio. También puede reducirse la pena por las dilaciones indebidas del proceso que, como acabamos de ver, puede durar años. Dilaciones posiblemente inevitables en un macroproceso en que hace falta pedir datos documentales a instituciones públicas o entidades privadas españolas o extranjeras que dilatan sus respuestas de modo desesperante e incluso sospechoso. Con estos instrumentos jurídicos, rigurosamente legales, la pena pedida por el fiscal anticorrupción puede perder su inicial nivel de proporcionalidad, es decir, puede resultar desproporcionadamente benigna.

Cualquiera que sea la duración de la pena de prisión corresponderá al fiscal la inspección de su cumplimiento efectivo, con su

tratamiento penitenciario progresivo. Este tratamiento incluye, tras el cumplimiento de una cuarta parte de la pena, la concesión de permisos que tienen por finalidad la progresiva preparación del preso para su vuelta a la libertad definitiva. La concesión de los permisos está condicionada a que el preso observe buena conducta y a que su estancia en libertad sea beneficiosa para su reinserción. Al fiscal le corresponde vigilar, y en su caso oponerse, a que el sistema penitenciario niegue el permiso cuando haya méritos para su concesión, e igualmente que el permiso sea concedido cuando no proceda. Esto último puede significar un modo torticero de eludir el cumplimiento efectivo de la pena.

El artículo 25.2 de la Constitución dice que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social. De este texto se deduce implícitamente la idea de que los redactores de la Constitución pensaban en el delincuente que comete su delito generalmente por su falta de educación o por su ausencia de inserción social. Por eso, cuando los que delinquen lo hacen con una privilegiada educación y aprovechando su ventajosa posición de inserción social, económica o política, se plantea la pregunta de si está prevista también para ellos la reeducación y reinserción penitenciaria.

El concepto de reeducación puede deducirse de la definición que contiene el artículo 27.2 de la Constitución: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. La reeducación, a partir de esta definición, parece que debe significar el regreso al respeto debido a los principios democráticos de convivencia. La persona condenada por un delito de corrupción, como cualquier delincuente de cuello blanco, evidentemente, se aparta del respeto debido a los principios democráticos de convivencia, carece de educación cívica, al cometer su delito quebrantando la confianza que la sociedad puso en él otorgándole el privilegio social o económico, la autoridad o la función pública desde las que perpetró la corrupción criminal. Y muchas veces, además, cometiendo o propiciando delitos de apropiación indebida multimillonaria arruinando a miles de personas, defraudando a la Hacienda Pública, etc.

La Constitución, sin embargo, no ofrece ninguna clave para concretar lo que es la reinserción. Sería, genéricamente, la reintegración del delincuente a una convivencia social ajena a la práctica del delito. Pero los delincuentes que salen de la cárcel vuelven normalmente a los ámbitos de convivencia de los que salieron, en los que se fraguaron sus comportamientos antisociales. Son ámbitos muy distintos. En los extremos de nuestra desigual sociedad hay ámbitos de exclusión social objetivamente contrapuestos. Hay excluidos de la sociedad por su marginalidad y pobreza y hay, en el polo opuesto, privilegiados con un modo de vida de verdadera autoexclusión social, con lujos "muy exclusivos". En cada grupo social hay un tipo de delincuente específico. Los más pobres no cometen delitos societarios ni apropiaciones indebidas multimillonarias; los más ricos no dan tirones de bolsos en el metro.

El delincuente cuyo comportamiento antisocial tiene su origen en la marginalidad, es decir, en la falta de inserción social y de educación, merece y tiene derecho a que se le ofrezca la posibilidad de educarse e integrarse en la sociedad "normal" (en sentido etimológico, de sociedad ajustada a las normas).

El joven ladronzuelo al salir de la cárcel vuelve a su pandilla, a su grupo social de origen, obviamente contumaz en su inevitable exclusión social. En su grupo normalmente no hay reproche por su delito, no está mal visto. Por eso difícilmente se reintegrará a una convivencia social ajena a la práctica del delito. Su reinserción será problemática. En tales circunstancias generalmente se acepta que no sería conveniente su excarcelación prematura para que cumpliera casi toda su pena en su casa y con su pandilla.

El delincuente de cuello blanco que muy excepcionalmente ha cumplido pena de prisión, al salir también regresa al grupo social del que procedía. Este grupo, como el otro, también es obviamente contumaz en su autoexclusión social, en sus "exclusivos" privilegios sociales, económicos o políticos. En él no están mal vistas, no se reprochan, la voracidad económica, las operaciones financieras predatorias, los paraísos fiscales, las puertas giratorias, la mercantilización del poder. El regreso a su grupo también arroja un pronóstico negativo de reeducación y reinserción en la sociedad "normal", ajustada a normas sociales de respeto a los principios

democráticos de convivencia. Por eso el condenado por delitos de corrupción, como delincuente de cuello blanco, también necesita cumplir su pena. Por eso su excarcelación prematura también es inconveniente, y corresponde al fiscal anticorrupción evitar que su pena efectiva de prisión resulte mermada con interpretaciones benevolentes desproporcionadas.

El primer fiscal que ostentó la jefatura de esta Fiscalía Especial fue Carlos Jiménez Villarejo. Desde que el Gobierno de Aznar nombró Fiscal General del Estado a Jesús Cardenal, en mayo de 1997, los conflictos entre Jiménez Villarejo y Cardenal fueron constantes. Razón: que las investigaciones de la Fiscalía Especial alcanzaban a personas relacionadas con el Gobierno o que de algún modo le favorecían. En 2002, Cardenal prohibió a Jiménez Villarejo interponer una querella por tráfico de influencia contra César Alierta, amigo del entonces todopoderoso Rato. Alierta se había servido de su información como presidente de Tabacalera para favorecer a un pariente suyo, que con tal información obtuvo una ventaja económica de más de 300 millones de pesetas.

La actuación profesional, con objetividad y con absoluta imparcialidad por parte de la Fiscalía Especial, se hizo definitivamente imposible a raíz del llamado caso del tamayazo, así denominado por el nombre de su principal protagonista. El 10 de junio de 2003 se celebraban elecciones a la Asamblea de Madrid. El PSOE e Izquierda Unida habían acordado unir sus votos con lo que obtenían mayoría suficiente para investir como presidente de la comunidad al socialista Rafael Simancas. En el momento de iniciarse la sesión no estaban en la sala dos diputados socialistas, Eduardo Tamayo y María Teresa Sáez. La votación, con estas dos ausencias, otorgó la mayoría al PP. Tras una serie de peripecias políticas, se repitieron las elecciones y el 26 de octubre Esperanza Aguirre presidía la Comunidad de Madrid. Hubo datos que indicaban la alta probabilidad de que las dos ausencias fueran fruto de un plan urdido, e incluso una posible ventaja económica para los ausentes en el entorno del urbanismo de Madrid. Hubo varios intentos de persecución penal y, entre ellos, el más riguroso y contundente era el de la querella que pretendía presentar la Fiscalía Anticorrupción. El Gobierno de Rajoy no deseaba que la querella prosperara. Su fiscal general, Jesús Cardenal, ordenó su

paralización, y finalmente cesó a Jiménez Villarejo, quien, poco después, pidió su jubilación anticipada.

Como el argumento central de estas páginas es indagar para qué sirven los fiscales y a quién sirven, esta página de la historia de la Fiscalía puede servir para contestar a la pregunta. El fiscal general puede servir al poder político y económico si su calidad ética no se lo impide. Los fiscales deben servir para cumplir con su obligación con arreglo a su conciencia y sus conocimientos, con arreglo a la ley, con objetividad e imparcialidad. Pero ello no quiere decir que siempre se salgan con la suya. La vida, y la vida judicial y procesal, son como un tablero de ajedrez, el adversario también mueve sus piezas y, a menudo, gana. Ya se decía antiguamente: “Vinieron los sarracenos/ y nos molieron a palos/ que Dios ayuda a los malos/ cuando son más que los buenos”.

Fiscales especializados

Además de estas fiscalías centrales y especiales existen otros ámbitos de actividad de los fiscales que requieren un grado particular de especialización, un especial cuidado para mantener una unidad de criterio entre los fiscales de distintos lugares, un soporte recíproco y una dirección y coordinación eficaz, coordinación que, además, permite una mayor fluidez y coherencia en la relación de la Fiscalía con las instituciones oficiales y privadas dedicadas a la misma problemática. Para realizar estas funciones, el fiscal general nombra a fiscales coordinadores, eligiéndolos de entre los de la primera categoría de la Carrera Fiscal. En la actualidad hay fiscales coordinadores de violencia de género, de siniestralidad laboral, de medio ambiente y urbanismo, de extranjería, de seguridad vial, de menores, de criminalidad informática, de delitos económicos, de cooperación internacional, de protección a las víctimas de los delitos y de delitos de odio.

Con frecuencia, los medios de comunicación se refieren a estos fiscales coordinadores y a sus correspondientes fiscales coordinados, con la denominación genérica de fiscales y fiscalías especiales. Por ejemplo, se oye hablar del fiscal o de la Fiscalía de Medio Ambiente o de Violencia de Género, aunque, en realidad, son integrantes de las fiscalías territoriales ordinarias, que atienden los casos propios de esos servicios especializados, a veces con relevo total o parcial de su trabajo ordinario, pero a veces sin relevo alguno.

Estas especializaciones responden a dos criterios. En unos casos la especialización se corresponde con la complejidad de los delitos que deben ser perseguidos, que son, generalmente, delitos que podríamos denominar modernos, que no eran imaginables hace un siglo. Así, los delitos de criminalidad informática o de medio ambiente. Otras veces se trata de procurar que los fiscales atiendan de forma preferente a víctimas merecedoras de una protección especializada. Es el caso de la violencia de género, los menores, los

extranjeros, los trabajadores.

Una exposición, siquiera sucinta, de la actividad de todos estos fiscales especializados excedería necesariamente los límites de este libro. En estas especializaciones los fiscales actúan disponiendo de una sólida preparación técnico-jurídica que da certidumbre a su cometido. Protegen a víctimas especialmente vulnerables frente a agresores que no se amparan en ningún derecho. La línea entre los derechos que se protegen y la ilicitud de quienes los atacan es una línea clara, indiscutible.

Sin embargo, no siempre es así. Hay otros casos en los que la línea es difusa, controvertida y, desde el punto de vista de la experiencia en los tribunales, oscilante, lo cual priva de solidez a la posición de los fiscales y, por su variabilidad, en ocasiones, les genera cierto grado de perplejidad. Se trata de los comportamientos delictivos en los que sus autores desarrollan su conducta a partir del ejercicio de su libertad de expresión. Tal es el caso de los delitos contra los sentimientos religiosos, los de exaltación o apología del terrorismo o los delitos de odio. En este tipo de delitos los agresores atacan a los sentimientos, la dignidad y el honor de las personas, que son derechos de rango constitucional, amparándose en el ejercicio de otro derecho, el derecho de expresión, que también es un derecho fundamental de rango constitucional. Esta circunstancia plantea a la Fiscalía el problema jurídico del equilibrio entre dos derechos enfrentados. Para proteger derechos de grupos o categorías de personas le corresponde limitar el derecho de expresión de otros.

Libertad de expresión y delitos de odio

Por las razones acabadas de apuntar nos referiremos únicamente al servicio especial de la Fiscalía dedicado a la protección de las víctimas de los delitos de odio y, consecuentemente, a la persecución penal de estos. Sin embargo, para dar coherencia al enfoque deseable de esta exposición parece conveniente encuadrar el origen y motivo de los delitos de odio en el marco más amplio de las conductas reprochables realizadas al amparo de la libertad de expresión.

En la historia de nuestras leyes penales, una de las muestras más significativas del talante liberal o conservador del legislador fue, siempre, el tratamiento dado a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio del derecho de expresión. Hasta que apareció la radio y luego, sucesivamente, todos los medios de comunicación hoy existentes, solamente era posible ejercer el derecho de expresión mediante la voz en público o por medio de la imprenta y la prensa.

La forma más antigua de confrontación de ideas entre el individuo y el poder es la de la disidencia religiosa en tiempos históricos en que las convicciones religiosas eran simultáneamente ideológicas y políticas. Los delitos contra la religión son tan antiguos como lo fue la vinculación de la religión con el poder, o sea, desde Constantino. En las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, hacia el año 1250, al condenado por tercera vez por blasfemar se le cortaba la lengua. Por eso cuando se redactó el Código Penal de 1822 el castigo con pena de cárcel al blasfemo, al apóstata o al que tuviera libros contra la religión católica resultaba una muestra de benignidad propia de los aires de la Constitución de 1812, que, no lo olvidemos, afirmaba que “la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La nación la protege por leyes sabias y justas y prohíbe el ejercicio de cualquier otra”.

Así siguió el tratamiento de la libertad de expresión cuando se ejercía contra la religión católica hasta llegar a la revolución

burguesa de 1868, llamada la Gloriosa, liberal y un tanto masónica. El código de 1870, inspirado en ella, no amparaba a la religión católica sino a la libertad de cultos y, desde luego, el delito de blasfemia desapareció de sus páginas. El Código de la II República, de 1932, como el del 68, solo protegía "la libertad de conciencia y el libre ejercicio de culto". Naturalmente, con la victoria franquista se reestablecieron los delitos contra la religión católica y el delito de blasfemia que llevaba aparejada una pena de hasta seis meses de prisión y multa. Era necesario describir brevemente esta historia nuestra para poder valorar en sus justos términos la situación actual.

Un autor y actor de talante irreverente y provocador, Willy Toledo, fue juzgado por afirmar, entre otras cosas "me cago en dios, y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la santidad de la virgen María" y similares expresiones respecto de la virgen del Pilar. En esta ocasión el fiscal no le acusó, probablemente porque tenía en cuenta el contexto humorístico y provocador en que se produjeron esas expresiones, o quizá porque preveía que su acusación acabaría en nada, ante el Constitucional. Pero una acusación popular le acusó por un delito de ofensas al sentimiento religioso. Y la juez le absolvió porque tuvo en cuenta el contexto en que produjo sus expresiones, en su perfil social de Facebook, espacio abierto a sus seguidores que comparten sus ideas y modos de expresión. Ahora solo falta esperar la probable escalada de decisiones del Tribunal Supremo, y posiblemente del Constitucional, para esclarecer esa línea difusa entre lo que es inconveniente, pero debe ser tolerado y lo que es insoportable y puede ser condenado, que es la línea en que chocan el derecho de expresión y el derecho a disfrutar de determinados sentimientos.

Sería deseable que, con estos argumentos, los tribunales hubieran establecido una línea clara determinando dónde está el límite de lo tolerable cuando se ejerce el derecho a expresarse libremente. Pero eso no ocurre. Por ejemplo, César Strawberry fue juzgado por la Audiencia Nacional porque, como autor y actor, había proferido en público afirmaciones sobre Ortega Lara, Esperanza Aguirre, Carrero Blanco, ETA y el rey, al que proponía regalarle en su cumpleaños un roscón-bomba. La Audiencia le absolvió porque esas frases y afirmaciones se habían pronunciado en un contexto irónico y

provocador del que no cabía deducir su propósito de ofender. Esta vez el fiscal sí acusó, y no estando de acuerdo con la absolución, recurrió contra ella ante el Tribunal Supremo. Este, en total desacuerdo con la Audiencia Nacional, condenó al rapsoda provocador. Para el Supremo, el contexto en que se expresó el acusado es jurídicamente irrelevante. Las expresiones encierran una humillación a las víctimas del terrorismo, una ofensa a Ortega Lara, un menosprecio al rey, y quien las profirió tenía plena conciencia y voluntad de decirlas. Con eso basta para que haya delito y debe ser condenado, según el Tribunal Supremo, que así dio la razón al fiscal.

Pero no acabó aquí el asunto. El condenado acudió al Tribunal Constitucional pidiendo amparo para su derecho constitucional a expresarse libremente. Y el Constitucional se lo dio, anulando la sentencia del Supremo, porque había condenado sin tener en cuenta el contexto en que se habían proferido las expresiones juzgadas. Para el Tribunal Constitucional ese contexto, lejos de ser jurídicamente irrelevante, es esencial, definitivo. Este ejemplo es una muestra evidente de que la línea entre lo permitido y lo condenable, en este tema, es todo menos clara. Cualquiera podrá comprender la perplejidad de los fiscales y de cualquier jurista.

El servicio especial contra los delitos de odio

Los delitos de odio son la muestra más significativa de la dificultad que tienen los legisladores y los magistrados para determinar lo que es permisible y lo que es condenable cuando se ejerce el derecho de expresión y con ello se ofende a determinados grupos de personas especialmente vulnerables, generándoles humillación, inquietud, alarma o peligro.

El abordaje jurídico e institucional, teórico y práctico de este problema fue planteado por primera vez en la Fiscalía de Barcelona, en 2009, por Miguel Ángel Aguilar, fiscal de extraordinaria valía y dedicación, que se constituyó, en la práctica, en fiscal especializado en delitos de odio. Su ejemplo fue seguido en otras fiscalías, y finalmente, en 2013 el fiscal general estableció el servicio especializado en delitos de odio para toda España, con una coordinación en Madrid.

Los delitos de odio, según nuestro Código Penal, estaban configurados de manera limitada e insuficiente a partir del nuevo Código Penal de 1995, que seguía los criterios y declaraciones de Naciones Unidas a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, referidos, obviamente, a las conductas de apología pública del nazismo y el racismo. Así, un artículo del Código Penal castigaba la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen regímenes que amparen la comisión de delitos de genocidio o pretendan la destrucción o el ataque a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

En 2007, con base en aquel artículo, el servicio especial contra los delitos de odio, tras una difícil y prolongada investigación, acusó al titular de la librería Europa de Barcelona, que se dedicaba a editar y vender libros de ideología nazi que contenían ataques abundantes y sistemáticos contra el pueblo judío. El tribunal penal que debía

dictar sentencia, antes de hacerlo, planteó al Tribunal Constitucional su duda sobre si el citado artículo era o no contrario al derecho constitucional a la libertad de expresión.

El Tribunal Constitucional dio la razón a la duda del tribunal penal de Barcelona argumentando que

las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y en realidad lo son al negar la evidencia de la historia— quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión en relación con el derecho a la libertad ideológica, pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos.

Y continuaba razonando que esta misma perspectiva ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diversas ocasiones en las que se ponía en duda la colaboración con las atrocidades nazis durante la Segunda Guerra Mundial, a señalar que "la búsqueda de la verdad histórica forma parte integrante de la libertad de expresión", estimando que no le corresponde arbitrar la cuestión histórica de fondo.

A partir de este debate, en 2015 se reformó el Código Penal definiendo con mayor amplitud los delitos de odio, consistentes en fomentar, promover o incitar públicamente el odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia contra un grupo o una persona perteneciente al grupo por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a ideología, religión, creencias o situación familiar; o por pertenecer a una etnia, raza, nación; o por su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, su género; o por su enfermedad o discapacidad.

Los actos públicos de fomento, promoción o incitación son actos de comunicación de ideas, de transmisión a otros de conceptos o sentimientos. En este sentido, son ejercicio del derecho de

expresión, igual que ocurre con los delitos contra los sentimientos religiosos o los de exaltación del terrorismo. El problema está en determinar cuándo este ejercicio es un abuso, un exceso, una agresión inaceptable a derechos de otros.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había sentenciado que la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques contra las personas al injuriar o difamar a ciertas partes de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable. El Tribunal Europeo quiso expresar su punto de vista sobre lo que significa el discurso del odio empleando un símil: el discurso es la chispa, el odio expandido puede ser el incendio.

Nuestro Tribunal Constitucional precisó que hay discurso de odio cuando se persigue desencadenar un reflejo emocional de hostilidad incitando o promoviendo el odio y la intolerancia, incompatibles con el sistema de valores de la democracia.

Algunos estudiosos de este tema consideran que el Código Penal adolece de insuficiencias. Al establecer una enumeración de los motivos de odio que constituyen delito se deja fuera otros supuestos de grupos de personas vulnerables que no estarían amparados por el derecho penal, ya que no está permitido extender la interpretación de la ley penal para castigar conductas análogas a las descritas expresamente en la ley. Por eso, según estos críticos, no estaría incluida, por ejemplo, la aporofobia, el odio a los mendigos. Según estos críticos, el Código debería contener una puerta abierta para abarcar la protección de estos supuestos u otros que pudieran aparecer en el futuro.

Esta perspectiva de ampliación del ámbito del delito no es compartida por el Tribunal Supremo. Este ha declarado que no todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo. De esta afirmación extrae una conclusión clarificadora: debemos apartarnos de la tentación de trazar una convencional y artificiosa línea entre el discurso del odio y la ética del discurso. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por eso solo se castiga al sembrador de odio a determinadas

víctimas en situación histórica o social de especial vulnerabilidad, cuando la siembra de odio augura futuros comportamientos que pondrían en peligro a esas víctimas. Siguiendo el discurso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solo se castiga al que enciende la chispa si hay peligro de incendio.

Índice

PRESENTACIÓN

CAPÍTULO 1. LA INSTITUCIÓN

Los orígenes

El fiscal general

El fiscal y el Gobierno

Estructura jerárquica

Los fiscales

El derecho de asociación

CAPÍTULO 2. LOS INSTRUMENTOS DE LOS FISCALES

La Policía

Los testigos

El testigo-víctima

Los testigos protegidos

Infiltrados, espías, confidentes y arrepentidos

Una protección interesada

CAPÍTULO 3.FUNCIONES DE LOS FISCALES

En el proceso penal

La transparencia informativa

Instrucción e investigación

La acusación

La acusación popular

La justicia universal

CAPÍTULO 4. LAS FISCALÍAS CENTRALES Y ESPECIALES

La Fiscalía del Tribunal Supremo

La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

La Fiscalía de la Audiencia Nacional

La Fiscalía Antidroga

La Fiscalía Anticorrupción

Fiscales especializados

Libertad de expresión y delitos de odio

El servicio especial contra los delitos de odio